

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DE
L'INOPPOSABILITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 8 Mars 1929, à 2 heures.

PAR

Daniel BASTIAN

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président.... M. J. HÉMARD, professeur.
Suffragants.... } MM. H. CAPITANT, professeur.
 M. PICARD, professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1929

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DE
L'INOPPOSABILITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le vendredi 8 Mars 1929, à 2 heures.

PAR

Daniel BASTIAN

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président.....	M. J. HÉMARD, professeur.
Suffragants.....	MM. H. CAPITANT, professeur.
	M. PICARD, professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1929

0 ★

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES CHERS MAITRES
ET BIENVEILLANTS CONSEILLERS

MONSIEUR J. HÉMARD

MONSIEUR H. CAPITANT

MONSIEUR M. PICARD

MONSIEUR R. JAPIOT

HOMMAGE DE VIVE RECONNAISSANCE

BIBLIOGRAPHIE

Auteurs cités.

- ACHER. — Essai sur la nature de l'action Paulienne. *Revue trimestrielle*, 1906.
- ALLEMAND. — Traité du mariage, 2 vol. Paris, 1846-1847.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil, 12 vol., 5^e édit. Paris, 1897-1922.
- BAICOIANU. — L'action Paulienne en droit civil comparé. Thèse Paris, 1922.
- BARDE (BAUDRY-LACANTINERIE et). — Des contrats et obligations conventionnelles en général, 4 vol., 3^e édit. Paris, 1907-1908.
- BARSANTI. — Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti ed annullabili. *Archivio giuridico*, 1897, LIX.
- BARTIN. — Théorie des contre-lettres en droit français. Thèse Paris, 1885.
- Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté. Cours professé à la Faculté de droit de Paris, 1925-1926.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Traité théorique et pratique de droit civil, 29 vol., 3^e édit. Paris, 1905-1908. (Voir aux collaborateurs).
- Précis de droit civil, 3 vol., 12^e édit. Paris, 1919.
- BECQUÉ. — Sûretés réelles (Collection Planiol et Ripert, t. XII). Paris, 1927.
- BÉDARRIDE. — Traité du dol et de la fraude, 4 vol., 3^e édit. Paris, 1875.
- BOISSELOT. — De la notion de simulation. Thèse Paris, 1926.
- BOISSONADE. — Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription, à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire. *Rev. prat.*, 1870-1871.
- CAMPION. — De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié. Thèse Lille, 1909.
- CHARMONT et CHAUSSE. — Les interprètes du Code civil. *Livre du Centenaire*, t. I, Paris, 1904.
- CHAUVEAU (BAUDRY-LACANTINERIE et). — Des biens, 3^e édit. Paris, 1905.

- COLIN et CAPITANT. — Cours de droit civil français, 3 vol. 4^e édit. Paris 1923-1925.
- COLIN (BAUDRY-LACANTINERIE et). -- Des donations entre vifs et des testaments, 2 vol., 3^e édit. Paris, 1905.
- COLMET-DAAGE. — Des contre-lettres. Thèse Paris, 1913.
- COSTES. — La protection des droits des tiers, spécialement devant le juge des référés. *Rev. trim.*, 1924.
- COUTANT. — Des créanciers chirographaires considérés comme tiers. Thèse Paris, 1906.
- CRUGUT. — La notion de tiers. Thèse Toulouse, 1905.
- CUNY. — Des tiers. Thèse Nancy, 1889.
- DEBRAND. — De la notion de tiers. Thèse Dijon, 1890.
- DELASTRE. — De l'extinction de l'usufruit. Thèse Paris, 1884.
- DELCOURT. — De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers. Thèse, Paris, 1902.
- DE LOYNES (BAUDRY-LACANTINERIE et). — Du nantissement, des privilèges et hypothèques, 3 vol., 3^e édit. Paris, 1906.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil, 3^e édit. Paris, 1875.
- DEMOGUE. — Notions fondamentales de droit privé. Paris, 1911.
— Traité des obligations en général, 5 vol. parus. Paris, 1923.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 31 vol., 4^e édit. Paris, 1870-1882.
- DROGOU. — Essai d'une théorie générale sur les nullités. Thèse Aix, 1902.
- DUPUY. — Des substitutions permises. Thèse Toulouse, 1907.
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le Code civil, 22 vol. Paris, 1825-1842.
— Traité des contrats et des obligations en général, 4 vol. Paris, 1819-1820.
- FLOGNY. — De la date certaine dans les actes sous seing privé. Thèse Paris, 1885.
- GALLET. — Étude sur la fiction de rétroactivité en droit français. Thèse Poitiers, 1903.
- GARSONNET. — De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription. *Rev. pratique*, 1871.
- GAUDEMET. — Jurisprudence française en matière de droit civil. *Rev. trim.*, 1910.
- GIOVENE. — Il negozio giuridico rispetto ai terzi, 2^e édit. Turin, 1917.
- GOUBET. — Confirmation des obligations. Thèse Paris, 1863.
- GROUBER. — De l'action Paulienne en droit civil français contemporain. Thèse Paris, 1913.

- GUIGNARD. — La publicité dans les sociétés par actions. Thèse Poitiers, 1926.
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, 3^e édit. Paris, 1894.
- GUINEL. — Étude sur l'opposabilité et la non-opposabilité des exceptions dans les titres à ordre. Thèse Rennes, 1903.
- GUYARD. — Étude sur les caractères des nullités des actes juridiques pour vices de forme. Thèse Paris, 1920.
- HARTEMANN. — Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables. Thèse Nancy, 1889.
- HÉMAR. — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2^e édit. Paris, 1926.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 3 vol., 6^e édit. Paris, 1927-1928.
- HOUQUES-FOURCADE, CHÉNEAUX et BONNEGARRÈRE (BAUDRY-LACANTINERIE). — Des personnes, 5 vol., 3^e édit. Paris, 1907-1908.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, 45 vol. Paris, 1892-1903.
- JAPIOT. — Des nullités en matière d'actes juridiques. Thèse Dijon, 1909.
- Jurisprudence en matière de procédure civile. *Rev. trim.*, 1925.
- JAYLES. — Les fins de non-recevoir opposables à ceux qui se prévalent du défaut de transcription. Thèse Toulouse, 1897.
- JOUSSELIN. — De la compensation légale et de la compensation judiciaire. Thèse Paris, 1900.
- JUILLE. — Effets des actes juridiques à l'égard des tiers. Thèse Lille, 1904.
- LAFOND. — Essai critique sur la publicité des actes juridiques modificatifs du patrimoine. Thèse Paris, 1912.
- LAURENT. — Principes de droit civil français, 33 vol. Bruxelles et Paris, 1878.
- LE COURTOIS et SURVILLE (BAUDRY-LACANTINERIE). — Du contrat de mariage, 3 vol., 3^e édit. Paris, 1906.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial, 9 vol., 4^e édit. Paris, 1906-1916.
- MARCADÉ. — Explication du Code civil, 8^e édit. Paris, 1886.
- MÉRIGNAC. — Des substitutions permises. Thèse Toulouse, 1900.
- MCNECLAHEY. — De la renaissance du formalisme dans les contrats. Thèse Lille, 1914.
- MOURLON. — Répétitions écrites sur le Code civil, 13^e édit., revue par Ch. Demangeat, 3 vol. Paris, 1896.
- NAST. — Régimes matrimoniaux (Collection Planiol et Ripert, VIII et IX), 2 vol. Paris, 1925-1927.

- PICARD (M). — Les biens (Collection Planiol et Ripert, III). Paris, 1926.
- PIÉDELÈVRE. — Des effets produits par les actes nuls. Thèse Paris, 1911.
- PLANIOI. — Une donation immobilière non transcrite est-elle opposable aux héritiers du donateur? Extrait de la *Revue critique*, Paris, 1880.
- Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., 10^e édit. Paris, 1925-1927.
- PLANIOI et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, 7 vol. parus. Paris, 1925-1928 (Voir aux noms des collaborateurs).
- POTHIER. — Traité de droit civil, édition Bugnet.
- RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles. Paris, 1923.
- ROBIN. — Du conflit entre les ayants cause à titre particulier au regard de l'article 1321 et de la loi de 1855. Thèse Rennes, 1927.
- ROGUIN. — Science juridique pure, 3 vol. Paris-Lausanne, 1923.
- ROUAST. — La famille (Collection Planiol et Ripert, II). Paris, 1926.
- ROUX. — De la révocation des donations. Thèse Paris, 1880.
- RUBEN DE COUDER. — Dictionnaire de droit commercial, 3^e édit. Paris 1880.
- SAIGNAT (BAUDRY-LACANTINERIE et). — De la vente, 3^e édit, Paris, 1907.
- SALEILLES. — Introduction à l'étude du droit civil allemand. Paris, 1904.
- SÉGUI. — Le triple instant des effets du divorce. Thèse Toulouse, 1923.
- SOLUS. — Jurisprudence française en matière de droit civil. *Rev. trim.*, 1922.
- TALON. — Des contre-lettres. Thèse Paris, 1904.
- THALLER et PERCEROU. — Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, 2 vol. Paris, 1909.
- Traité élémentaire de droit commercial, 7^e édit. Paris, 1925.
- TISSIER. — Théorie et pratique de la tierce opposition. Paris, 1890.
- TISSIER (BAUDRY-LACANTINERIE et). — De la prescription, 4^e édit. Paris, 1924.
- TOULLIER. — Droit civil français, 13 vol., 5^e édit. Paris, 1830.
- WAHL (BAUDRY-LACANTINERIE et). — Des successions, 3 vol., 3^e édit. Paris, 1905.
- WAHL. — Précis théorique et pratique de droit commercial. Paris, 1922.

Notes.

- BALLEYDIER : S., 1927. 1. 89.
- BEUDANT : D., 1878. 1. 401.
- COHENDY : D., 1928. 1. 17.

- ESMEIN : S., 1901. 1. 449.
GARSONNET : S., 1892. 1. 185.
LABBÉ : S., 1877. 1. 441; S., 1879. 1. 337.
DE LOYNES : D., 1893. 2. 281; D., 1897, 1. 505; D., 1897. 2. 513.
PLANIOL : D., 1900. 1. 217.
ROUAST : D., 1923. 4. 261; D., 1924. 2. 113.
THALLER : D., 1902. 1. 89; D., 1906. 1. 169.
TISSIER : S., 1898. 1. 225.
WAGNER : D., 1926. 1. 65.
WAHL : S., 1897. 4. 25; S., 1898. 1. 113; S., 1899. 2. 73; S., 1900. 2. 25;
S., 1902. 1. 129; S., 1904. 2. 273; S., 1908. 2. 185.
-

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

DE

L'INOPPOSABILITÉ

INTRODUCTION

I

Le mot d' « *inopposabilité* » est assez récent : il ne figure ni dans le Code civil, le Code de commerce ou le Code de procédure, ni dans les lois postérieures; l'adjectif inopposable se rencontre pour la première fois, à notre connaissance, dans la loi du 1^{er} juin 1924, introduisant la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, et si l'on trouve dans le Code civil des tournures synonymes, telles que « n'est pas opposable, ne peut être opposé » (1), elles résultent souvent de modifications apportées par des lois relativement récentes (2). C'est à la Doctrine qu'est due l'apparition de ce néologisme, employé tout d'abord, semble-t-il, par les Commercialistes,

(1) Art. 344, 368, 1295, 2005.

(2) Loi du 6 février 1893, modifiant l'article 344; loi du 19 juin 1923, modifiant l'article 368.

à propos de la célèbre théorie de l'inopposabilité des exceptions (3).

L'idée elle-même n'est d'ailleurs guère plus ancienne que le mot : c'est seulement à propos de la loi de 1855 que l'on a pris soin de bien faire remarquer que la sanction des prescriptions légales ne consistait pas dans la nullité de l'acte, mais seulement dans l'impossibilité de l'opposer aux tiers. Dans la grande majorité des cas, on a confondu et l'on confond encore l'inopposabilité et la nullité; le législateur, lui non plus, n'a pas échappé à cette confusion, et c'est ainsi qu'il édicte la *nullité* des actes passés par le failli pendant la période suspecte (art. 446 C. com.) ou des actes passés par le mari en fraude des droits de la femme pendant l'instance en divorce (art. 243 C. civ.), et qu'il permet aux créanciers de faire *annuler* la renonciation de leur débiteur à un usufruit ou à une succession (art. 622 et 788 C. civ.). Lorsqu'il s'est agi de faire rentrer cette prétendue nullité dans le cadre de la théorie générale, on l'a baptisée nullité relative (4), oubliant qu'une fois prononcée la nullité a effet

(3) En ce qui concerne la Jurisprudence, le Dictionnaire de Littré (Supplément), au mot *Inopposabilité*, ne renvoie qu'à la *Gazette des Tribunaux* du 28 juillet 1875 (Sommaire d'arrêt); V. ce terme employé récemment dans un jugement du Tribunal civil de l'Hérault, Section de Montpellier, du 30 décembre 1927, D. H., 1928, p. 207. Pour l'adjectif *inopposable*, Littré ne signale que deux sommaires d'arrêts publiés par la *Gazette des Tribunaux* des 7 juin 1874 (p. 539, 2^e col.) et 12 février 1875 (p. 141, 3^e col.); on le trouve cependant déjà dans des arrêts antérieurs : cf. Bordeaux, 20 août 1872, D., 73. 5. 183; Caen, 15 mai 1873, S., 74. 2. 46; mais la Cour de cassation ne l'emploie, à notre connaissance, que dans les dernières années du xix^e siècle : cf. Civ., 7 mai 1894, D., 94. 1. 505; S., 98. 1. 510; Req., 15 févr. 1896, D., 97. 1. 460; Req. 15 févr. 1897, D., 97. 1. 247.

(4) Comparer la formule de l'article 446 C. com., où il s'agit d'une inopposabilité : « sont nuls et sans effets relativement à la masse », et celle de l'article 114 C. com., où il s'agit d'une nullité relative : « les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants sont nulles à leur égard ».

erga omnes alors qu'on se trouve en présence d'une inefficacité relative à la fois quant aux personnes qui peuvent l'invoquer et quant aux personnes à l'égard desquelles elle produit effet.

Et il est d'autant plus curieux de constater cette confusion, que l'inopposabilité ne se présente pas comme une institution au domaine étroit et limité, mais qu'elle a un champ d'application des plus étendus, que les hypothèses où elle joue sont extrêmement nombreuses et se rencontrent dans toutes les parties du droit, si bien que les différences entre l'inopposabilité et la nullité avaient d'autant plus de chances de frapper l'esprit des juristes et de les inciter à examiner d'une façon générale les différents cas d'inopposabilité pour en faire une théorie distincte. Et cependant, peut-être parce que les différentes hypothèses semblent n'avoir que peu de rapports entre elles, ni la Doctrine ni la Jurisprudence n'ont jamais fait autre chose que de donner relativement à chacune d'elles des solutions d'espèce, de telle sorte que la matière des inopposabilités a été pour ainsi dire laissée dans l'ombre et qu'aucune synthèse n'en a jamais été faite; seul, M. Japiot, dans son ouvrage sur *Les nullités en matière d'actes juridiques* (5), a envisagé la question d'un peu plus haut et émis sur elle quelques idées générales.

Aussi devons-nous, dès maintenant, projeter quelque lumière sur notre sujet en donnant une définition générale de l'inopposabilité, bien qu'une telle définition ne dût venir qu'à la fin de ce travail et en quelque sorte pour le couronner. Nous dirons donc dès à présent que *l'inopposabilité est l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique.*

(5) Thèse Dijon, 1909.

II

Cette définition nécessite immédiatement quelques explications. Et tout d'abord pourquoi est-il besoin de priver un acte juridique de ses effets vis-à-vis des tiers ? Ceux-ci ne sont-ils pas toujours à l'abri des conséquences d'un acte puisque l'article 1165 déclare que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Tout dépend de ce que l'on entend par tiers, et ceci nous oblige à rappeler les différentes catégories de personnes susceptibles d'être atteintes par un acte juridique.

On a l'habitude de classer tantôt en deux groupes, tantôt en trois, les personnes auxquelles s'impose un acte juridique quelconque. Les partisans de la division tripartite distinguent les auteurs ou parties, les ayants cause et les tiers. On dit alors que les auteurs d'un acte sont ceux qui y ont figuré ou qui y ont été représentés, les ayants cause ceux qui tiennent des droits patrimoniaux de l'une des parties, et les tiers toutes les autres personnes; on ajoute qu'un acte juridique produit tous ses effets à l'égard de ses auteurs et de leurs ayants cause, mais n'en produit aucun à l'égard des tiers. Cette classification est malheureusement en contradiction avec les termes du Code, car « si ceux-là sont tiers qui ne souffrent pas de l'acte, comment expliquer que le législateur ait pris soin de protéger des tiers en certains cas ? Pourquoi aurait-il dit que l'acte sous seing privé ne ferait pas foi de sa date contre les tiers, que la contre-lettre serait sans effet à leur égard, que la cession de créance non signifiée demeurerait inopérante à leurs yeux ? Comment interpréter cette expression *sans préjudice du droit des tiers* que

l'on rencontre en plusieurs articles du Code ? (Art. 790, 1298, 1338.) Puisque les tiers voient leurs intérêts sauvegardés, il faut évidemment que l'acte puisse leur causer un préjudice. » (6). C'est qu'en réalité, ceux que le législateur désigne ainsi sous le nom de tiers sont rangés par les partisans de la division tripartite dans la catégorie des ayants cause : on se trouve alors dans la nécessité de qualifier d'ayants cause des personnes que la loi traite de tiers !

Aussi d'autres auteurs préfèrent-ils s'en tenir à une division bipartite, basée sur la participation à l'acte. On dit alors que sont des parties tous ceux qui ont passé cet acte par eux-mêmes ou par leurs représentants, et que sont des tiers toutes les personnes étrangères à la confection de cet acte (7) : « Le concept de tiers, absolument négatif, est donné par antithèse à celui de parties. » (8). Mais parmi ces tiers une nouvelle distinction s'impose (9); ne se plaçant plus au moment de la confection de l'acte, mais envisageant l'ensemble des rapports juridiques qui relient les parties aux autres hommes, on constate que, parmi les tiers, certains n'ont jamais eu et n'auront jamais aucun rapport avec les parties : ce sont les *penitus extranei*, ou, comme dit M. Roguin, les *tiers absolus*. D'autres, au contraire, sont entrés ou entreront en relations juridiques avec les parties, soit par leur propre volonté, soit par la force de la loi. On les a appelés des tiers au sens technique (10) ou des tiers inté-

(6) Cuny, *Des Tiers*, thèse Nancy, 1889, p. 3.

(7) Cuny, p. 2 et 3; Campion, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1909, p. 15.

(8) Giovene, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2^e édit., Turin 1917, n^o 40, p. 20.

(9) Cuny, p. 5; Crugut, *La notion de tiers*, thèse Toulouse, 1905, p. 6; Campion, p. 15; Roguin, *Science juridique pure*, 3 vol., Paris-Lausanne, 1923, II, n^o 461; Costes, *La protection des tiers, spécialement devant le juge des référés*, *Rev. trim.*, 1924, p. 171 et s.

(10) Giovene, p. 230-234.

ressés (11). « En un tel sens, l'idée juridique de tiers pré-suppose... d'une part, un acte auquel une personne (le tiers) est restée étrangère, de l'autre, un nouvel acte (ou un nouveau fait juridique en général) dans lequel cette personne est partie par rapport à l'un des sujets du premier acte, et en vertu duquel elle arrive nécessairement à se trouver en rapport avec l'autre sujet du premier acte par suite du contenu des deux stipulations. » (12). Parmi ces tiers, les uns ont acquis des droits sur le patrimoine de l'une des parties et sont ses ayants cause, d'autres lui en ont au contraire conféré et sont ses auteurs.

Si l'on se demande maintenant dans quelle mesure un acte juridique aura effet vis-à-vis de ces différentes catégories de personnes, on peut répondre par les trois propositions suivantes :

A. — Un acte juridique produit tous ses effets à l'égard de ses auteurs : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », dit l'article 1134. S'il en est ainsi, c'est parce que la volonté des parties les lie, la loi y attachant un effet obligatoire.

B. — Un acte juridique n'a pas d'effet à l'égard des *penitus extranei* : « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* », disaient déjà les Romains en une formule qu'a presque textuellement reproduite l'article 1165. Et l'on conçoit fort bien qu'il en soit ainsi : « S'il est évident que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, *a priori* ne peuvent-elles pas tenir lieu de loi à ceux qui ne les ont pas faites. » Puisque c'est la volonté qui lie les individus, ceux qui n'ont pas participé à la manifes-

(11) Campion, *ibid.*

(12) Giovène, n° 53, p. 234-235. Cf. la formule donnée, le 22 novembre 1927, par le Tribunal civil de l'Indre (D., 28. 2. 1) : « Le tiers est celui qui a un lien juridique avec les parties. »

tation de volonté ayant donné naissance à l'acte ne doivent en subir les conséquences ni activement ni passivement : l'idée de relativité découle naturellement du concept même d'acte juridique (13).

C. — Un acte juridique peut produire effet à l'égard de ceux qu'un lien de droit quelconque relie aux parties : eux non plus ils n'interviennent pas à l'acte, mais diffèrent des étrangers en ce que l'acte est susceptible de produire à leur égard certaines conséquences. Cette formule, par son caractère moins absolu, nécessite seule quelques développements.

Parmi les tiers qu'un lien de droit quelconque relie aux parties, on rencontre deux catégories bien différentes. Les uns sont des ayants cause, c'est-à-dire des personnes tenant de l'une des parties des droits que celle-ci leur a transmis sur son patrimoine. D'après l'étendue de ces droits, on distingue les ayants cause à titre universel et les ayants cause à titre particulier. Les premiers ont des droits au patrimoine entier de leur auteur, ou à une quote-part de ce patrimoine : ce sont les héritiers *ab intestat*, les légataires universels ou à titre universel et les héritiers contractuels. On peut dire qu'ils ont été représentés par leur auteur, en ce sens que tous les actes juridiques de celui-ci leur profitent ou leur nuisent. Les ayants cause à titre particulier au contraire n'ont de droits que sur un ou plusieurs biens déterminés; eux aussi subissent les actes passés par leur auteur relativement au droit qu'il leur a concédé et sont obligés de respecter la situation juridique créée par lui. Enfin, à côté de ces deux catégories d'ayants cause, il faut placer les créanciers chirographaires : ce ne sont pas des successeurs à titre universel, car ils n'ont pas un droit à l'univer-

(13) Cf. Roguin, II, n° 438; Costes, *Rev. trim.*, 1924, p. 284.

salité ou à une quote-part du patrimoine de leur auteur, et ne sont pas tenus de ses dettes; mais ce ne sont pas non plus des ayants cause à titre particulier, car si leur droit n'a pour objet qu'une valeur déterminée, il a pour gage le patrimoine entier du débiteur : son montant est fixé, mais non pas son assiette : « Un créancier a toujours le droit d'élire entre les biens du débiteur celui qu'il lui plaît de saisir pour se payer. » (14). Ces créanciers, comme les ayants cause à titre universel, sont obligés en principe de respecter les actes de leur auteur.

A la différence des ayants cause, les tiers qui rentrent dans la seconde catégorie que nous avons signalée ne subissent pas les effets des actes juridiques passés par autrui en vertu d'une idée de représentation légale. Ces tiers sont les auteurs de l'une des parties : ils échappent en principe aux conséquences de ses actes, mais il est cependant des hypothèses où ils doivent en tenir compte; il en sera ainsi notamment en matière de cession de créance et de résolution : le débiteur cédé subit les effets du transfert consenti par son créancier et les actes passés par celui dont le titre a été résolu peuvent influencer sur la situation de son auteur. De même, en matière de solidarité et de cautionnement, les actes de l'un des codébiteurs ou du débiteur principal modifient la situation de ses coobligés.

Tels sont les tiers susceptibles de subir les effets d'un acte juridique, c'est-à-dire d'être par la volonté de la loi les sujets actifs ou passifs d'un rapport de droit à la naissance duquel ils n'ont pas participé. Lorsque c'est de leur plein gré que des individus se trouvent obligés, la principale préoccupation du législateur doit être de veiller à ce que leur

(14) Colin et Capitant, II, p. 63.

volonté s'exerce librement, à ce qu'elle soit protégée contre elle-même et contre les autres. Mais lorsque c'est la loi qui leur impose l'obligation de subir les effets des actes d'autrui, ces individus peuvent se trouver dans une situation des plus dangereuses. Aussi le législateur a-t-il établi à leur profit différents modes de protection. Il leur a permis tout d'abord d'intervenir dans la confection des actes dont ils seront appelés à supporter les conséquences : « Dès qu'ils auront connaissance qu'un acte juridique en préparation est de nature à leur nuire, qu'un dommage est imminent, les tiers vont s'efforcer d'éviter par une voie légale la réalisation du préjudice qui ainsi les menace. » Si l'acte en question est un jugement, ils agiront au cours du procès par l'intervention conservatoire dont le Code donne d'assez nombreux exemples; s'il s'agit au contraire d'un autre acte juridique, les moyens d'intervention seront beaucoup plus restreints; on peut cependant citer l'apposition de scellés après faillite, l'intervention dans les opérations de rapport et de partage, etc. (15).

Mais cette protection antérieure à la passation de l'acte ne saurait suffire : elle fait défaut dans de nombreuses hypothèses, et même lorsqu'elle existe, la plupart du temps les tiers ne seront avertis que trop tard, une fois le contrat conclu ou le litige terminé, et la sauvegarde de leurs droits serait alors demeurée incomplète, partant vaine, si le législateur n'était encore intervenu. Il l'a fait en les dispensant de subir indistinctement tous les actes passés par ceux dont les agissements ont effet sur leur situation, en soumettant les actes qui doivent leur être opposables à certaines règles de forme ou de fond. C'est ainsi qu'il a édicté des prescrip-

(15) Cf. Costes, *Rev. trim.* 1924, p. 287 et s.

tions relatives à la rédaction et à la publicité des actes susceptibles de nuire aux tiers; citons simplement l'article 1250 concernant la subrogation consentie par le débiteur et la loi de 1855 sur la transcription. Au point de vue fond, il a déclaré qu'un acte ne s'imposerait pas aux tiers s'il était frauduleux ou clandestin, ou s'il lésait des droits acquis par eux; de même, ne s'imposeront pas à l'héritier les actes portant atteinte à sa réserve, ni à celui qui a obtenu la résolution les actes de celui dont le titre est résolu.

Si donc un acte est passé contrairement à ces règles, il ne s'imposera pas aux tiers. Que faut-il entendre par là? Tout d'abord que les tiers pourront l'attaquer : cela va de soi, car si cette faculté ne leur était pas accordée, la protection du législateur serait absolument illusoire. Mais, d'autre part, une sanction ne doit pas dépasser le but de la règle qu'elle garantit : elle doit y être adaptée de telle sorte que les individus protégés soient placés dans la même situation que si la règle avait été observée, mais elle ne doit pas produire d'autres effets; aussi les tiers pourront-ils seuls se prévaloir de l'inobservation des principes posés par la loi en leur faveur, et l'acte ne devra être frappé que dans la mesure où il leur nuit : à l'égard des parties, puisqu'il réunit toutes les conditions requises, il n'y a pas de raison de le faire tomber. *Ainsi la sanction ne sera pas une nullité, mais une inopposabilité, en différant du fait que, ayant pour seul but la protection des tiers, elle ne peut être invoquée que par eux, et laisse subsister l'acte entre les parties* (16).

Nous avons jusqu'à présent supposé qu'il s'agissait d'un acte réunissant toutes les conditions nécessaires pour être

(16) Cf. Japiot, p. 28 et 31.

valable entre les parties, mais portant atteinte aux intérêts des tiers. Il se peut à l'inverse que l'on soit en présence d'un acte favorable aux tiers, mais entaché de nullité. Dans ces conditions, l'annulation s'imposera à eux comme l'acte lui-même, et ainsi qu'ils pouvaient souffrir de ses effets, ainsi ils pourront être lésés par la nullité, ce qui se passera, par exemple, lorsqu'un tiers aura traité avec une société nulle ou acquis un effet de commerce entaché de nullité. Ici encore le législateur est intervenu et, de même qu'il avait mis les tiers à l'abri d'un acte valable, de même il les a, dans certains cas, protégés contre l'invalidité d'un acte. Cette hypothèse n'est pourtant pas identique à la précédente : dans le premier cas, il s'agissait de règles destinées uniquement à la protection des tiers et dont l'inopposabilité était la seule sanction; ici, au contraire, il est question de règles qui n'ont plus cette protection pour but unique ni même principal : leur sanction normale est alors une nullité et l'inopposabilité vient s'y ajouter non pour la renforcer, mais pour l'amoindrir en interdisant de l'invoquer à l'égard de toute personne.

Grâce à l'inopposabilité, les intérêts des tiers seront donc sauvegardés : pour eux, la situation sera la même que si l'acte n'était pas intervenu ou que si la nullité n'avait pas été encourue. Mais comment peut-il se faire que tout en disparaissant vis-à-vis des tiers l'acte subsiste entre les parties ? Comment un acte peut-il exister par rapport à certaines personnes et ne pas exister par rapport à d'autres ?

Le législateur, lorsqu'il s'est occupé des répercussions des actes à l'égard des tiers, s'est trouvé en face de deux intérêts contradictoires : celui des parties voulant une pleine efficacité *erga omnes*, et celui des tiers voulant y échapper.

Pour résoudre la difficulté, le législateur s'est attaqué non à l'acte lui-même, mais à ses conséquences. En effet, « ce n'est qu'exceptionnellement qu'un acte peut avoir *in se* et en tant qu'abstraction une valeur véritable : il faut, pour cela, que son but essentiel soit de caractère idéal » (17); on en trouve un exemple dans le mariage que l'on contracte en vue de son existence abstraite et qu'inversement on peut attaquer en vue de supprimer l'idée même de son existence. En ce qui concerne, au contraire, la masse des actes juridiques à but patrimonial, il n'en est pas ainsi. « La vie pleine et entière de l'acte, pratiquement, ne peut consister que dans la réalisation pleine et entière de ses effets, effets normaux de l'acte qui ont été spécialement et directement voulus par les parties, ou qui naturellement sont attachés à l'acte par la force normale des choses ou par la détermination de la loi. » (18). Aussi, lorsque les tiers se plaignent d'un acte, ils ne s'attaquent pas à cette abstraction que constitue l'acte juridique considéré en lui-même, mais à ses résultats pratiques. De même qu'on ne passe pas un acte pour la satisfaction de l'avoir passé, mais pour obtenir certains avantages auxquels on tient, de même « on ne critique pas uniquement pour critiquer... : ce que l'on veut, c'est un résultat pratique, c'est la suppression de tel fait objectif qui est la conséquence de l'acte; c'est donc contre cette conséquence pratique de l'acte que l'attaque est dirigée ».

Dans ces conditions, la tâche du législateur s'est trouvée

(17) Japiot, p. 294.

(18) Japiot, *ibid.* Cf. Barsanti, *Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti ed annullabili* (Archivio Giuridico, 1897, p. 171 et s.) : « La vita e l'efficacia dei negozi giuridici si misurano alla stregua degli effetti che producono, dei risultamenti che danno, dei rapporti che fanno sorgere; perchè un atto esiste in quanto vale e vale in quanto esiste. »

plus facile qu'il n'apparaissait à première vue : c'est que si l'acte lui-même est ou n'est pas *erga omnes*, le faisceau de ses effets peut être dissocié : chacun d'eux peut être considéré absolument à part, et de l'un à l'autre il n'y a pas d'influence nécessaire. Aussi peut-on supprimer la partie spéciale de l'acte qui paraît néfaste tout en conservant les autres parties, car il n'y a aucune raison de supprimer un effet de l'acte qui peut être maintenu sans que le but du législateur soit méconnu : ainsi sont sauvegardés dans la mesure du possible les intérêts des parties.

La protection des tiers sera donc obtenue en privant l'acte des effets susceptibles de leur nuire, et l'inopposabilité se traduira par une inefficacité. Ainsi, ce qui sera inopposable aux tiers, ce ne sera pas l'acte lui-même, mais les effets qui en découlent, les droits qui en naissent (19). Et c'est pourquoi nous avons pu donner de l'inopposabilité cette formule : « C'est l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique. »

III

Mais cette inopposabilité dont nous voulons tenter une synthèse, comment l'étudierons-nous, comment en construirons-nous une théorie générale ? Tout naturellement en appliquant le procédé qui, de tout temps, a permis de formuler des règles générales : « Si des principes juridiques se sont fait jour, c'est que l'attention s'est portée sur plu-

(19) Cf. loi du 23 mars 1855, art. 3 : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. » Cf. également Moneclaey, *La renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, thèse Lille, 1914, p. 109 et s.

sieurs solutions d'espèces et que, en les comparant entre elles, la puissance abstractive et généralisatrice de l'esprit a réussi à isoler des éléments particuliers à chacune d'elles certains éléments généraux qui dans toutes se rencontreraient. » L'hésitation n'est donc pas permise, nous semble-t-il, sur le choix d'un point de départ : nous devons prendre pour base l'ensemble des solutions spéciales indiquées par la loi ou établies par l'interprétation concordante de la Doctrine et de la Jurisprudence. Et en effet « les textes d'un Code ne sont que des matériaux épars que le juriste a mission d'utiliser et de ranger selon leurs affinités logiques en vue de l'établissement de règles de droit » (20). Mais nous ne nous en tiendrons pas au seul texte de la loi, car « un texte législatif pris à lui seul n'est qu'une ossature dépouillée de ce qui en fait la vie, un mécanisme au repos. Pour lui restituer la vie et le mouvement, il faut évoquer tout le milieu scientifique, doctrinal et pratique, qui en conditionne le fonctionnement et fait apparaître surtout les applications directes qu'on a visées sans les mentionner expressément et auxquelles le texte doit conduire. Par là seulement on en connaîtra la valeur de rendement et l'effet utile. » (21). Lorsque nous nous livrerons à l'étude des différents cas d'inopposabilité, nous aurons donc à examiner tout particulièrement les solutions doctrinales et jurisprudentielles, et nous ne pourrons raisonner sur une hypothèse qu'après l'avoir envisagée dans son ensemble, telle qu'elle se présente au point de vue pratique. Ce n'est que dans ces conditions que nous aurons quelque chance de ne

(20) Charmont et Chausse, *Les interprètes du Code civil, Livre du Centenaire*, I, p. 153.

(21) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, p. 3.

pas faire œuvre purement abstraite, de ne pas isoler le droit du milieu social dans lequel il se développe, et d'arriver enfin à une théorie qui ne soit pas trop éloignée des réalités de la vie.

Certes, cette théorie ne sera vraiment générale que si les recherches ont porté sur tous les cas d'inopposabilité et sur toutes les questions que chacun d'eux peut soulever; nous n'avons cependant pas la prétention d'avoir envisagé toutes les situations dans lesquelles les tiers sont protégés par une inopposabilité : nous l'avons dit, le domaine d'application de cette institution est des plus étendus, et il est bien certain que des hypothèses, en plus ou moins grand nombre, ont pu nous échapper; mais que l'on se garde bien de croire que si nous avons passé sous silence un cas d'inopposabilité, c'est par parti pris et pour nous débarrasser d'une solution gênante, ne cadrant pas avec les principes généraux que nous tenterons de dégager et faisant ainsi figure d'exception.

Ces considérations sur la méthode à suivre nous dictent notre plan. Dans une première partie, nous envisagerons le *Domaine d'application de l'inopposabilité* et nous étudierons les différents cas d'espèces que nous aurons rencontrés. Puis, dans une seconde partie, nous tenterons un *Essai de synthèse* en coordonnant les résultats obtenus dans la première partie.

PREMIÈRE PARTIE

DOMAINE D'APPLICATION DE
L'INOPPOSABILITÉ

PREMIÈRE PARTIE

DOMAINE D'APPLICATION DE L'INOPPOSABILITE

Au moment d'aborder l'étude des différents cas d'inopposabilité reconnus par la Loi, la Doctrine ou la Jurisprudence, nous nous heurtons à une difficulté considérable. Pouvons-nous les examiner sans ordre, tels qu'ils se présentent à nous au fur et à mesure de nos recherches dans les Codes, les traités doctrinaux ou les recueils d'arrêts ? Pouvons-nous les envisager individuellement, oubliant pour chacun ce que nous avons dit des précédents et nous exposant ainsi à des redites sans nombre ? Si un tel procédé peut convenir comme moyen de recherche, il ne saurait être employé comme méthode d'exposition. Il nous faut donc établir préalablement une classification générale qui offrira cet avantage non seulement d'introduire un peu d'ordre et de clarté dans notre examen, mais aussi de faciliter considérablement l'élaboration de notre seconde partie ; car, si dans chacun des groupes que nous aurons formés, nous voyons les différents cas d'inopposabilité suivre en principe les mêmes règles, il ne nous restera plus ensuite, pour arriver à une synthèse, qu'à réunir les solutions données pour chacun de ces groupes.

Cependant, si une classification générale indiquée dès maintenant présente une incontestable utilité, il est délicat de grouper les différents cas d'inopposabilité *a priori*, avant

de les avoir examinés à fond. Il faut s'en tenir à des caractères externes, visibles au premier abord, et ne risque-t-on pas alors de tomber dans l'arbitraire ou d'aboutir à une division d'un caractère tellement artificiel qu'elle soit dépourvue de toute valeur juridique? L'utilité d'une classification et la clarté qu'elle peut jeter sur le sujet l'emportent cependant, à notre avis, sur ses risques d'être artificielle et approximative, et c'est pourquoi nous croyons devoir dès maintenant y procéder.

Mais quelle division adopter? Nous pourrions distinguer selon que l'inopposabilité protège les tiers contre les effets d'un acte valable ou contre les conséquences d'une nullité; nous pourrions aussi séparer les inopposabilités de forme et celles de fond ou distinguer celles qui ont un caractère originaire de celles qui résultent d'un fait postérieur à la passation de l'acte. Ce sont là des classifications faciles, auxquelles on peut procéder sans grandes chances de se tromper et sans avoir besoin d'examiner chaque cas en détail. Mais elles offrent l'inconvénient d'être beaucoup trop générales, et par suite elles ne nous serviraient à peu près de rien, car trop de cas disparates y rentreraient. Il nous faut donc chercher ailleurs, et nous croyons qu'il est possible de prendre pour base le fondement immédiat de l'inopposabilité, de nous en tenir au motif qui a inspiré le législateur dans chaque cas. Il suffit alors de se demander pourquoi un acte est inopposable pour découvrir la règle que le législateur a établie dans l'intérêt des tiers : l'acte est inefficace parce qu'il ne remplit pas les conditions de forme ou de publicité exigées, parce qu'il est frauduleux ou clandestin, etc. En dehors des cas, très peu nombreux, où le législateur a mis les tiers à l'abri des conséquences d'une nullité, on peut ainsi ramener à huit groupes les règles po-

sées par le législateur pour la protection des tiers et sanctionnées d'une inopposabilité :

- 1° Règles relatives à la publicité;
- 2° Règles relatives à la forme des actes;
- 3° Règles relatives à la date des actes;
- 4° Règles relatives à la fraude;
- 5° Règles relatives à la clandestinité;
- 6° Règles relatives au respect des droits acquis;
- 7° Règles relatives à la réserve;
- 8° Règles relatives à la résolution.

Si l'on veut maintenant avoir une vue d'ensemble de l'inopposabilité, on peut procéder à la classification suivante :

I. — Inopposabilités protégeant les tiers contre les effets d'un acte valable :

A. — Inopposabilités de forme :

- a) Publicité;
- b) Forme proprement dite;
- c) Date certaine.

B. — Inopposabilités de fond :

a) Originaires :

- 1° Fraude (1);
- 2° Clandestinité;
- 3° Respect des droits acquis.

b) Non originaires :

- 1° Réserve (2);
- 2° Résolution (3).

II. — Inopposabilités protégeant les tiers contre les effets de la nullité d'un acte.

(1) On a cependant quelquefois nié qu'il y ait là une inefficacité ori-

Nous aurons ainsi à diviser notre première partie en neuf chapitres, d'importance d'ailleurs très inégale. Mais, dans ces groupes, quels sont les points que nous étudierons? Pour faire un travail fructueux, permettant de se rendre compte facilement des ressemblances et des différences que l'on peut relever entre les divers cas d'inopposabilité, il nous faut adopter un plan uniforme, que nous suivrons dans chacun de nos neuf chapitres, et qui nous permettra ensuite, en reprenant ses éléments l'un après l'autre, de

ginaire, à raison du dommage qui constitue un élément postérieur à la passation de l'acte. Mais, étant donné l'exigence du *consilium fraudis*, qui, lui, se rencontre nécessairement dès la date de la passation, M. Japiot considère qu'il s'agit simplement d'une inefficacité partiellement originaire (p. 20, texte et note 1). Quant à nous, puisque « l'insolvabilité... doit résulter de l'acte même qui est attaqué et que les faits postérieurs ne peuvent être pris en considération qu'autant qu'ils sont des conséquences de cet acte » (Chambéry, 10 juill. 1911, D., 14. 2. 74), nous croyons que l'on est en présence de deux éléments existant dès la passation de l'acte et que par suite l'inopposabilité pour fraude est une inefficacité entièrement originaire.

(2) Pour le calcul de la réserve, on tient compte en effet d'une part des héritiers réservataires existant au jour du décès, et non au jour de la libéralité, et d'autre part de l'état de fortune du *de cujus* au moment de l'ouverture de la succession; enfin, seuls les réservataires acceptants peuvent invoquer l'inopposabilité. M. Japiot reconnaît néanmoins un certain caractère originaire à l'inefficacité pour atteinte à la réserve. « L'institution de la réserve, dit-il, est dirigée contre le donateur qui, peu soucieux de ses devoirs de famille, dispose gratuitement de ses biens au profit d'étrangers; ce que la loi réprouve, c'est la libéralité, mais pas les diminutions ultérieures du patrimoine, peut-être fortuites.. Par ce côté, le vice résultant de la violation des devoirs de famille entache l'acte de donation lui-même et en est contemporain. » (P. 20, note 3).

(3) Ici encore, et dans le cas de substitution, quoique l'on rencontre deux éléments postérieurs à l'aliénation consentie par le grevé, la survie de l'appelé et son acceptation, M. Japiot (p. 20) considère que l'inopposabilité de l'aliénation « a pour cause la charge qui grève le bien, qui résulte de la substitution qui existe à la date à laquelle l'aliénation est consentie » et en conclut que c'est par là une inefficacité originaire.

dégager assez facilement des règles communes. Nous étudierons donc chaque cas d'inopposabilité à cinq points de vue :

- a) Qui peut invoquer l'inopposabilité?
- b) Contre qui?
- c) Comment?
- d) Quels sont les effets de l'inopposabilité?
- e) Comment disparaît-elle?

La détermination des tiers bénéficiaires de l'inopposabilité est en effet indispensable; dans notre introduction, nous avons dit que ceux qui étaient reliés aux parties par un lien de droit pouvaient voir leur situation influencée par les actes passés par elles; il nous faudra donc rechercher dans chaque hypothèse lesquels d'entre ces tiers subiront effectivement les répercussions de l'acte et lesquels au contraire pourront, grâce à l'inopposabilité, voir leur situation hors de l'atteinte des parties. Mais il ne suffit pas de déterminer qui peut invoquer l'inopposabilité; il faut encore se demander à l'encontre de quelles personnes les tiers pourront se prévaloir de la protection du législateur, car, de même que, nous l'avons vu, la nullité peut ne pas être opposable *erga omnes*, de même l'inopposabilité peut être limitée passivement si les intérêts de certaines personnes se trouvent en conflit avec ceux des tiers et semblent devoir l'emporter. Il faut également se demander par quel moyen les tiers feront valoir leurs droits : l'inopposabilité doit-elle être invoquée par une action spéciale, destinée à la faire constater ou déclarer par le juge, ou peut-elle simplement être opposée par voie d'exception, la question se greffant sur un litige préexistant? Le quatrième point que nous aurons à examiner est relatif aux effets de l'inopposabilité : nous devons à cet égard envisager la situation du

tiers bénéficiaire, puis celle des parties, car si l'inopposabilité ne produit en principe aucune conséquence *inter partes*, nous verrons qu'en fait il peut en être tout autrement. Enfin il nous faudra nous demander si l'inopposabilité est susceptible de disparaître et de quelle façon : prescription, confirmation, accomplissement des formalités, etc.

Chacun des chapitres dont nous allons entamer l'étude sera donc divisé en cinq sections :

Section I : Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Section II : Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

Section III : Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Section IV : Effets de l'inopposabilité.

Section V : Disparition de l'inopposabilité.

CHAPITRE PREMIER

INOPPOSABILITES POUR DEFAUT DE PUBLICITE

Puisque les tiers peuvent subir les effets des actes juridiques d'autrui, il est évident qu'ils ont un intérêt primordial à en être avertis. La publicité, établie par le législateur pour répondre à ce besoin, peut avoir une double fonction : « porter simplement à la connaissance des tiers *in genere* les rapports juridiques qu'ils peuvent avoir intérêt à connaître, ou assumer une fonction essentielle, de telle sorte que, quand il n'y a pas de publicité, l'acte juridique intervenu entre les parties est inefficace par rapport à tous les tiers *in genere* » (1) ou à certains seulement d'entre eux.

La première fonction, avertir les tiers d'un acte qu'ils ont intérêt à connaître, constitue le rôle normal de la publicité : « Le mot publicité, dit M. Lafond, ne contient pas autre chose en lui-même qu'une idée de divulgation. » (2). En l'absence de cette publicité, qu'un auteur italien, Giovène, a désignée sous le nom de *publicité-notice*, quelle sera la sanction ? Puisque son seul but est de porter un acte à la connaissance des intéressés, elle ne saurait évidemment avoir en elle-même une valeur quelconque dans la réalisa-

(1) Giovène, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, 2^e édit., Turin, 1917, n° 55, p. 242.

(2) *Essai critique sur la publicité des actes modificatifs du patrimoine*, thèse Paris, 1912, p. 9.

tion des effets de l'acte; elle suppose même implicitement des effets de droit déjà parfaits pour qu'il y ait lieu d'en faire l'objet d'une divulgation. La sanction sera alors simplement « la responsabilité de la personne astreinte à divulguer son titre envers celles qui ont pu avoir à souffrir de cette infraction à la loi, responsabilité dérivant d'un quasi-délit et fondée purement et simplement sur l'article 1382 » (3).

Seules, en effet, des peines pécuniaires, amendes et dommages-intérêts, jouent dans les cas où le législateur a prescrit une telle publicité, et parmi lesquels nous citerons seulement : la mention de la reconnaissance, de la légitimation et de l'adoption en marge de l'acte de naissance (art. 62, 331 et 367 C. civ.); la mention du mariage en marge de l'acte de naissance et du divorce en marge de l'acte de mariage (art. 76 et 251 C. civ.); la mention de la rectification d'un acte de l'état civil en marge de l'acte rectifié (art. 101 C. civ. et 887 C. proc. civ.); la mention du jugement d'annulation ou de rescision d'un acte transcrit en marge de cet acte (L. 1855, art. 4); la publicité du jugement d'interdiction ou de nomination de conseil judiciaire (art. 501-502 C. civ. et 896-897 C. proc. civ.); la publicité au registre du commerce (L. 18 mars 1919, art. 18); la publicité du jugement déclaratif de faillite (art. 442-443 C. com.) (4), etc.

(3) Lafond, p. 40.

(4) On a soutenu que, dans cette dernière hypothèse, la sanction du défaut de publicité consistait dans l'inopposabilité du jugement déclaratif (Trib. comm. Marseille, 25 nov. 1863, *Journ. jurispr. Marseille*, 1863. 1. 356). Cette opinion est aujourd'hui abandonnée, et l'on reconnaît que la seule sanction consiste dans des dommages-intérêts à la charge de ceux qui auraient dû faire publier le jugement et dans le fait que c'est seulement à partir de la publicité que courent les délais d'opposition (Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 372, et les arrêts cités; Wahl, n° 2174).

Cette publicité n'étant faite qu'à titre de simple renseignement et son absence n'entraînant aucune conséquence au point de vue des effets de l'acte, nous n'avons pas à nous y arrêter davantage.

La seconde fonction de la publicité, rendre un acte efficace vis-à-vis des tiers, constitue, au contraire, ce que Giovene a appelé une *publicité-substantielle*, sanctionnée par l'inefficacité de l'acte à l'égard de ces tiers, c'est-à-dire par une inopposabilité. Du fait que l'on s'écarte ainsi de l'idée de simple divulgation, certains auteurs ont nié qu'il y ait là une véritable publicité et soutenu que l'on rejoignait le domaine du formalisme, que l'on se trouvait en face « d'une formalité plus ou moins solennelle, ayant une valeur propre dans la transmission de la propriété ». Certes, mais *le but même de la publicité, protéger les tiers, fait qu'il ne peut s'agir ici que d'une solennité de nature un peu particulière*. Normalement, en effet, lorsqu'une solennité est exigée, c'est *erga omnes*, pour la protection des parties aussi bien que des tiers, de sorte que tous peuvent se prévaloir de son absence et demander la nullité de l'opération intervenue. Mais en matière de publicité « on ne rencontre pas cette idée de protection à l'égard des contractants : ils sont les forts dont on se défie, c'est contre eux que la solennité est organisée » (5). Les tiers seuls seront donc reçus à se prévaloir de l'absence de publicité; les parties, au contraire, ne le seront pas.

Ainsi, ce dont il s'agit ici, c'est de toute une série d'actes juridiques qui, sans être solennels à proprement parler, relèvent cependant du formalisme; car si entre les parties le simple consentement sera généralement suffisant et

(5) Moeneclaey, *La Renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse Lille, 1914, p. 119.

si ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il devra revêtir des formes déterminées, pour rendre ces actes opposables aux tiers il faudra satisfaire à l'accomplissement des formalités de publicité imposées par la loi, formalités qui viendront s'adjoindre à ces actes, par eux-mêmes purement consensuels ou déjà solennels. Mais quoique la publicité soit exigée sous peine d'une inopposabilité aux tiers, et non d'une nullité que les parties elles-mêmes pourraient invoquer, il faut remarquer qu'il n'y a pas, comme cette différence de sanction pourrait le faire croire, séparation complète de l'acte et de la publicité; celle-ci doit être considérée comme un des éléments de l'acte lui-même, car sans elle il est en quelque sorte incomplet, inachevé, et c'est seulement une fois qu'elle sera effectuée qu'il atteindra son maximum d'efficacité (6).

Par conséquent, si l'on peut dire que ces actes sont solennels, c'est seulement « en ce sens que, pour certaines personnes, le consentement des parties ne suffira pas pour que ces actes leur soient opposables; il faudra remplir les formalités exigées pour les rendre publics » (7). « Ainsi, quoique soumise au régime de la transcription, la vente ne passe point, quant aux rapports des parties entre elles, dans la classe des contrats solennels... Ce n'est qu'au regard des tiers que la transcription devient une condition de l'entière perfection du contrat. » (8). Il y a donc deux degrés dans la solennité : « d'une part la solennité que l'on pourrait appeler absolue, en ce sens que tous peuvent l'invoquer, et la solennité diminuée, amoindrie, relative à ceux-là

(6) Cf. Giovene, n° 58, p. 256.

(7) Mœneclaey, p. 98.

(8) Mourlon, *Transcription*, II, n° 421.

seuls que la loi a désignés, les tiers » (9) ou, comme dit Giovène, « la solennité pleine et la solennité moins pleine » (10).

Ce sont les différents actes qui exigent une publicité-substantielle et revêtent par là un caractère de solennité amoindrie que nous allons étudier maintenant. Les textes qui les concernent sont nombreux au Code civil, et l'on peut y ranger les articles 252, 311, 368, 941, 1070, 1391, 1397, 1443, 1451, 1690, 1813, 2005, 2075 (11), 2106, 2134, 2166 et 2214, textes auxquels il faut ajouter la loi du 23 mars 1855, relative à la transcription, et la loi du 1^{er} juin 1924, qui a introduit en Alsace-Lorraine la législation civile française. En droit commercial, il faut citer les diverses lois sur la publicité des sociétés et la loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

Le caractère de mesures de publicité de ces différents textes ne saurait faire doute, mais il nous faut montrer, avant d'en entamer l'étude détaillée, qu'ils édictent bien des inopposabilités; nous y parviendrons facilement en usant du critère que nous avons indiqué, le refus aux parties du droit de se prévaloir du défaut de publicité.

Le premier texte dont nous ayons à nous occuper, en suivant simplement l'ordre du Code civil, est l'article 252, relatif au jugement de divorce, et ainsi conçu depuis la

(9) Moeneclaey, p. 119.

(10) N° 54, p. 240.

(11) En matière de constitution de gage, nous n'avons à nous occuper ici que de la signification prescrite par l'article 2075 lorsque le gage porte sur une créance; nous retrouverons dans les deux chapitres suivants les autres formalités requises par les articles 2074-2075 pour l'efficacité du gage à l'égard des tiers : rédaction d'un acte contenant certaines mentions et enregistrement.

loi du 26 juin 1919 : « ... Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande. Mais il ne produira effet au regard des tiers que du jour de la transcription. » Ce texte sanctionne donc bien l'absence de transcription par l'inefficacité du jugement vis-à-vis des tiers, mais ceux-ci peuvent-ils seuls s'en prévaloir ? Deux décisions, l'une du Tribunal civil de Valenciennes, du 30 novembre 1922, l'autre de la Cour de Paris, du 27 décembre 1922 (12), se sont prononcées pour la négative : déclarant que c'est la transcription qui dénoue le lien conjugal, elles en ont conclu que le conjoint divorcé peut opposer aux tiers le défaut de transcription du jugement. Au contraire, les auteurs qui se sont occupés de la question reconnaissent qu'aujourd'hui la rupture du mariage résulte du jugement lui-même (13), et s'appuyant sur le caractère de mesure protectrice des tiers que présente incontestablement ce texte, la Doctrine refuse aux époux le droit d'invoquer le défaut de publicité du jugement (14). Ce n'est d'ailleurs que depuis la loi du 26 juin 1919 que la transcription revêt, en matière de divorce, ce caractère d'institution destinée à la garantie des tiers; auparavant le législateur en faisait une formalité essentielle, même entre les parties : les époux n'étaient divorcés que du jour de la transcription, et si cette formalité n'était pas accomplie dans les deux mois le jugement était considéré comme nul et non avenu. Au-

(12) D., 1924. 2. 113, note de M. Rouast.

(13) Rapport supplémentaire de M. Guillier au Sénat, *Doc. parlam.*, 1919, Annexe n° 43, p. 41; rapport de M. Viollette à la Chambre, *Doc. parlam.*, 1919, Annexe n° 6204, p. 1664; Planiol, I, n° 1231, et les auteurs cités à la note suivante.

(14) Colin et Capitant, I, p. 234; Rouast, note précitée; A. Ségui, *Le triple instant des effets du divorce*, thèse Toulouse, 1923, p. 132.

jourd'hui, au contraire, le jugement définitif suffit à lui seul pour opérer la rupture du lien conjugal et la transcription n'a plus pour effet que de rendre le divorce opposable aux tiers. Il est intéressant de constater cette transformation de la nature de la transcription en notre matière : elle constituait ce que nous avons appelé une solennité pleine, elle n'est plus qu'une solennité amoindrie; le projet de la loi de 1919 avait même été beaucoup plus loin : il ne maintenait la transcription que comme simple mesure de publicité, sans conséquence en ce qui concerne l'efficacité du jugement même à l'égard des tiers, la faisant ainsi passer de la catégorie des *publicités-substantielles* dans celles des *publicités-notices* (15).

L'article 311, lui, s'applique à l'hypothèse de cessation de la séparation de corps par reprise de la vie commune, mais sans qu'il y ait également disparition de la séparation de biens accessoire. La femme perd alors sa pleine capacité, pour n'avoir plus que celle d'une femme séparée de biens (art. 1449). Mais, d'après l'article 311, « cette modification n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute, dont un extrait devra être affiché dans la forme indiquée par l'article 1443; et, de plus, par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales ». C'est un des rares textes où il soit expressément question d'inopposabilité, et il ne saurait par conséquent y avoir sur ce point la moindre difficulté. Dans son article 30, la loi du 1^{er} juin 1924, mettant en

(15) Rapport de M. Guillier, *J. off.*, Sénat, *Déb. parlam.*, 1917, p. 272.

vigueur la législation civile française en Alsace-Lorraine, a ordonné l'inscription au registre matrimonial d'un extrait de l'acte notarié, et c'est également d'une inopposabilité que cette inscription est sanctionnée par l'article 34.

Une solution semblable à celle de la loi de 1919 a été consacrée en matière d'adoption par la loi du 19 juin 1923, qui a donné à l'article 368 la teneur suivante : « L'adoption ne produit ses effets entre les parties qu'à partir du jugement ou de l'arrêt d'homologation. Les parties sont liées dès l'acte d'adoption. — L'adoption n'est opposable aux tiers qu'à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt d'homologation. » Ici encore il est expressément question d'inopposabilité, et l'on reconnaît que les parties ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription. Mais une difficulté s'est présentée relativement à la question de savoir quelles sont les personnes qu'il faut comprendre sous la dénomination de parties : en plus de l'adoptant et de l'adopté, interviennent en effet à l'acte les parents de l'adopté mineur et le conjoint de l'adoptant ou de l'adopté (art. 347 et 348), qui, il est vrai, ne coopèrent à l'adoption que pour l'autoriser. Si l'on dit que les parties ne comprennent que l'adoptant et l'adopté, on aboutit à de véritables incohérences (16); aussi MM. Planiol, Ripert et Rouast proposent-ils de comprendre parmi les parties « tous ceux qui coopèrent à l'acte, fût-ce pour l'autoriser » (17). « Il est en effet normal que cet acte puisse leur être opposé dès son achèvement, puisqu'ils ne l'ignorent pas. »

En matière de donations et de substitutions (art. 941 et 1070), c'est encore en présence d'une inopposabilité que nous nous trouvons, car le donateur et le donataire, le dis-

(16) Cf. à ce sujet la note de M. Rouast, D., 1923. 4. 261, n° 3.

(17) *La Famille*, II, n° 1043, p. 882.

posant et le grevé, sont exclus du droit d'invoquer le défaut de transcription (48).

Suivant toujours l'ordre du Code, nous arrivons à la question de la publicité du contrat de mariage, prescrite par l'article 1391 (L. 10 juill. 1850). La sanction des formalités qu'il édicte est l'inopposabilité aux tiers des clauses restreignant la capacité de la femme, c'est-à-dire des clauses établissant le régime dotal; l'article 1391 s'exprime en effet ainsi : « ... Si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. »

A la question du contrat de mariage se rattache celle des contre-lettres qui y sont adjointes. Après avoir indiqué, dans l'article 1396, quelles conditions elles doivent remplir pour être valables à l'égard des parties, le législateur ajoute dans l'article 1397 : « Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra, à peine des dommages et intérêts des parties et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. » Deux conditions sont donc nécessaires : la première est la rédaction de la contre-lettre à la suite du contrat de mariage, et tout le monde reconnaît que sa sanction consiste dans l'inopposabilité aux

(48) Cf. pour l'article 944 : Aubry et Rau, XI, § 704, p. 320; Colin et Capitant, I, p. 970; Req., 1^{er} mai 1864, D., 61. 1. 323; Orléans, 6 juin 1868, D., 68. 2. 194; Civ., 1^{er} juin 1897, D., 98. 1. 58.

tiers (19); la seconde est la transcription de la contre-lettre à la suite de chaque grosse ou expédition délivrée. A défaut, quel sera le sort de la contre-lettre ? Deux doctrines sont à ce point de vue en présence : un parti considérable, et qui a longtemps été prépondérant, soutient que la contre-lettre sera opposable aux tiers, bien que ceux-ci ne l'aient pas connue (20). Dans cette opinion, on scinde les deux membres de phrase de l'article 1397 et l'on dit que le législateur établit dans chacun d'eux une sanction différente : si les tiers n'ont droit qu'à des dommages-intérêts quand la seconde prescription n'est pas remplie, c'est que « cette transcription est l'œuvre de l'officier public, les époux y restent étrangers; ils ont satisfait à la loi en faisant rédiger la contre-lettre à la suite de la minute, dès lors leur acte doit être pleinement valable » (21). Ce sont donc les tiers qui souffriront de la négligence du notaire, aussi est-ce à eux que reviendront les dommages-intérêts qui lui incombent. On est alors obligé de dire que les *parties* dont parle l'article 1397, ce sont les *tiers* !

A l'opposé, on trouve une autre théorie, déjà soutenue par Toullier (22), et qui semble actuellement gagner les faveurs de la Doctrine (23). Elle consiste à dire que cette seconde condition, comme la première, a pour sanction

(19) Toullier, XII, n° 68; Laurent, XXI, n° 402; Aubry et Rau, VII, n° 503 bis; Juille, *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse Lille, 1904, p. 114.

(20) Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n°s 274-275; Laurent, *Ibid.*; Aubry et Rau, *Ibid.*; Cuny, *Des tiers*, thèse Nancy, 1889, p. 60; Debrand, *De la notion de tiers*, thèse Dijon, 1890, p. 597, note 1.

(21) Laurent, XXI, n° 403.

(22) XII, n° 68, p. 102.

(23) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 138; Planiol, III, n° 822; Colin et Capitant, III, p. 22; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 64, p. 83-84.

l'inopposabilité de la contre-lettre aux tiers; au point de vue texte, on réunit les deux membres de phrase de l'article 1397 pour dire que la même sanction doit leur être appliquée, et, en effet, il peut sembler étrange que dans la même phrase le législateur ait imposé une *publicité-substantielle* et une *publicité-notice*; il faut ajouter que les deux formalités sont indissolublement liées et que la première ne sert de rien si la seconde n'est pas observée. De plus, l'argument que les parties souffriraient de la faute d'autrui ne suffit pas à justifier la différence de sanction : « Toutes les fois, en effet, que la loi établit des mesures de publicité dans l'intérêt des tiers, on voit les parties intéressées souffrir de la négligence ou de la mauvaise foi des agents ou officiers ministériels, notaire, conservateur des hypothèques et autres, chargés de remplir certaines formalités pour porter un fait à la connaissance du public; l'intérêt général l'emporte ici sur l'intérêt particulier, et la partie victime de cette omission n'a qu'un recours contre l'officier ou employé négligent... si elle le retrouve et si elle peut prouver sa faute. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il en soit de même dans notre hypothèse. » (24). Enfin, se ranger à la première opinion, c'est oublier dans quelles circonstances de fait cette contre-lettre sera cachée aux tiers : les actes notariés ne sont pas publics et les tiers ne peuvent ni aller les consulter ni en demander directement une expédition; ils sont obligés de passer par l'intermédiaire des parties. Or, « la partie qui a reçu une expédition du contrat séparée de la contre-lettre a commis une première faute : elle devait y faire ajouter l'expédition de la contre-lettre. Par son silence, elle a partagé la faute du notaire; elle en

(24) Planiol, Ripert et Nast, *Ibid.*

a commis une beaucoup plus grave, un véritable dol, en abusant de cette expédition tronquée pour inspirer de la confiance à son créancier en la lui représentant. C'est une faute personnelle sans laquelle le tiers n'aurait pas été trompé » (25). Par conséquent, la contre-lettre doit être inopposable aux tiers, et c'est sur les parties que retombera le préjudice; c'est donc à elles que le notaire devra des dommages-intérêts, comme l'indique l'article 1397, dont il n'y a aucune raison de torturer le texte pour lui faire dire précisément le contraire de ce qu'il signifie. Les deux conditions requises par cet article sont donc sanctionnées l'une et l'autre par l'inopposabilité de la contre-lettre, inopposabilité qui en frappe toutes les clauses, et non pas seulement, comme pour le contrat de mariage, celles qui établissent le régime dotal.

En matière de séparation de biens, les articles 866-868 du Code de procédure civile prescrivent tout d'abord la publicité de la demande, que l'article 869 sanctionne d'une nullité; la nature de cette sanction ne saurait faire doute puisque, d'après ce texte, le mari lui-même peut l'invoquer. Mais, en outre, l'article 1445 du Code civil, complété par l'article 872 du Code de procédure, exige la publicité du jugement « à peine de nullité de l'exécution ». Malgré la teneur de ce texte, c'est bien d'une inopposabilité qu'il s'agit, car ici les parties ne peuvent plus se prévaloir du défaut de publicité : c'est exclusivement dans l'intérêt des tiers que celle-ci est établie, pour leur annoncer que la communauté est dissoute et que les pouvoirs du mari ont pris fin (26). D'ailleurs, dans son article 34, la loi du 1^{er} juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française en

(25) Toullier, XII, n° 68, p. 103.

(26) Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 713, p. 70.

Alsace-Lorraine, sanctionne bien de l'inopposabilité le défaut d'inscription du jugement au registre matrimonial.

L'article 1451, auquel nous arrivons maintenant, réglemente le rétablissement de la communauté par suite de la cessation de la séparation de corps ou de biens. Renvoyant à l'article 1445, ce texte soumet le changement de régime à un certain nombre de formalités de publicité, dont la sanction, n'étant pas précisée par la loi, a dû être dégagée par la Doctrine; celle-ci, après controverse, s'est prononcée en faveur de l'inopposabilité (27), et cette solution est d'autant plus acceptable qu'en ce qui concerne l'Alsace-Lorraine la loi du 1^{er} juin 1924, qui, dans ses articles 30 et 33, exige également l'accomplissement de certaines formalités de publicité; les sanctionne, dans son article 34, de l'inopposabilité aux tiers de bonne foi.

Quant aux articles 1690, 1813, 2005, 2075 et 2214, c'est bien aussi une inopposabilité qu'ils créent, car les parties ne peuvent se prévaloir de l'inobservation des formalités légales (28). En ce qui touche enfin la publicité des privilèges et des hypothèques, quelle en est la sanction ? D'après l'article 2106, c'est l'inefficacité du privilège à l'égard des autres créanciers; d'après les articles 2134 et 2166, c'est l'absence, pour le créancier hypothécaire, du droit de suite et du droit de préférence. Rien de cela ne concerne les rapports des parties entre elles, car seuls les tiers ont intérêt à ce que soit rendue publique la charge qui grève le patrimoine du débiteur : la publicité est donc une formalité qui

(27) Laurent, XXII, n° 356; Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 83; Planiol, Ripert et Nast, *Ibid.*, n° 721, p. 94.

(28) Cf., pour l'article 1690 : Colin et Capitant, II, p. 147; Lafond, p. 84; Wahl, note au S., 1898. 1. 113, et au S., 1908. 2. 186, 3^e col.; Bordeaux, 31 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 11. 2. 529.

les regarde exclusivement, et le débiteur ne pourrait invoquer son inaccomplissement (29). La sûreté non publiée sera donc inopposable aux tiers. Et il ne faudrait pas croire que, si une hypothèque n'existe qu'entre les parties, c'est comme si elle n'existait pas, « car dans les rapports entre créancier et débiteur les effets de l'hypothèque ne sont pas négligeables. Ainsi celui qui a obtenu la concession d'une hypothèque peut toujours l'inscrire, tant que subsiste sa créance, sans que le débiteur ou ses héritiers puissent s'y opposer, tandis que le créancier chirographaire aura besoin, pour un tel avantage, d'une sentence de condamnation contre le débiteur » (30). Enfin, il faut noter que l'inopposabilité ne joue pas seulement en cas d'absence totale d'inscription, mais aussi en cas d'omission dans les bordereaux d'une des mentions prescrites par les articles 2148 et 2153. La loi du 1^{er} mars 1918 a, en effet, ajouté au premier de ces textes un alinéa ainsi conçu : « L'omission dans les bordereaux d'une ou de plusieurs des énonciations prescrites tant par le présent article que par l'article 2153 ci-après n'entraînera nullité de l'inscription que lorsqu'il en résultera un préjudice au détriment des tiers. La nullité ne pourra être demandée que par ceux auxquels l'omission ou l'irrégularité porterait préjudice, et les tribunaux pourront, selon la nature et l'étendue du préjudice, annuler l'inscription ou en réduire l'effet. »

Mais les textes du Code civil ne sont pas les seuls à établir des inopposabilités pour défaut de publicité. Nous devons encore rappeler la très importante loi du 23 mars 1855.

(29) Laurent, XXX, n° 533; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1439; Aubry et Rau, III, § 267, texte et note 4; Planiol, Ripert et Becqué, *Sûretés réelles*, XII, n° 757; Giovene, n° 88, p. 410.

(30) Giovene, n° 88, p. 413.

Ayant énuméré les actes sujets à transcription, elle ajoute, dans son article 3 : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. » La simple lecture de ce texte montre bien que c'est d'une inopposabilité qu'il s'agit : les parties ne pourraient se prévaloir du défaut de transcription⁽³¹⁾ : entre elles, le contrat est parfaitement valable, ainsi que le dit notamment l'article 1583 en matière de vente.

Les dispositions relatives à l'inopposabilité que nous venons ainsi de rencontrer en droit civil sont assez nombreuses pour nous fournir un point de départ déjà très appréciable. Mais nous ne devons pas pour cela négliger le droit commercial, puisque nous voulons être aussi complet que possible et étudier d'une façon vraiment générale le défaut de publicité. Examinons tout d'abord la sanction de la publicité prescrite par la loi du 17 mars 1909 pour la vente et le nantissement des fonds de commerce. En ce qui concerne la vente, l'article 3 de cette loi, modifié par la loi du 31 juillet 1913, impose l'insertion de deux avis dans un journal d'annonces légales, faute de quoi l'acquéreur qui aura payé son vendeur ne sera pas libéré à l'égard des tiers. Il s'agit donc bien d'une inopposabilité; toutefois elle ne porte pas, comme dans les cas précédemment cités, sur l'acte lui-même, mais seulement sur le paiement : les tiers ne pourraient saisir le fonds entre les mains de l'acquéreur, ils n'ont que le droit de lui en réclamer le prix. Une fois la publicité effectuée, l'acquéreur n'est d'ailleurs pas encore

(31) Planiol, Ripert et Picard, *Les Biens*, III, n° 643; Giovene, n° 59, p. 261 et 263. Req., 13 févr. 1923, *Gaz. Pal.*, 23. 2. 66.

pleinement à l'abri : avant d'accomplir le paiement, il doit encore attendre dix jours, car « aucun transport amiable ou judiciaire du prix, ou de partie du prix, ne sera opposable aux créanciers qui se seront fait connaître dans ce délai » : nouvelle inopposabilité au profit des tiers.

En ce qui concerne d'autre part le nantissement du fonds de commerce, l'article 10 impose la rédaction d'un écrit, son enregistrement et son inscription sur un registre tenu au greffe du Tribunal de commerce. C'est cette inscription qui fait naître le privilège du créancier gagiste, et son absence est sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers du contrat de nantissement, inopposabilité qui pourra d'ailleurs se transformer en nullité, puisque, d'après l'article 11, « l'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif ». Pour qu'il y ait lieu à inopposabilité, il faut donc supposer que des tiers acquièrent des droits incompatibles avec le nantissement dans la quinzaine de la passation du contrat.

Enfin, nous devons nous demander si l'inopposabilité n'est pas la sanction de la publicité des sociétés de commerce. La loi du 24 juillet 1867 a, dans ses articles 55 et 56, prescrit pour toutes les sociétés commerciales des formalités de publicité, et l'article 56 ajoute : « Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. » Une formule identique a été employée par l'article 43 de la loi du 7 mars 1925, relative aux sociétés à responsabilité limitée. Mais comme cette nullité ne peut rentrer ni dans les nullités absolues ni dans les nullités relatives (32), on a été amené à se demander si,

(32) Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e édit., Paris, 1926, n^{os} 211-212.

malgré la formule des articles 56 de la loi de 1867 et 13 de la loi de 1923, la sanction du défaut de publicité n'est pas autre chose qu'une nullité (33), si le législateur ne s'est pas servi d'une expression qui a dépassé sa pensée, et s'il ne s'agit pas simplement de l'inopposabilité aux tiers de la société, ou plus exactement des conventions sociales. Nous disons des conventions sociales, car ce qui intéresse les tiers, ce n'est pas l'existence de la société, qu'ils connaissent toujours en fait, mais son organisation et son fonctionnement. Malheureusement, il est absolument impossible de comprendre parmi les inopposabilités la sanction du défaut de publicité des sociétés, et cela pour deux raisons. Le résultat normal de l'inopposabilité serait de permettre aux tiers de considérer le pacte social comme non venu à leur égard, et il n'en serait autrement que s'ils renonçaient à l'inopposabilité; or, la loi veut, au contraire, qu'en règle générale les tiers puissent tenir l'acte de société pour valable, et il n'en sera autrement que par exception; dire qu'il s'agit d'une inopposabilité, c'est donc renverser la situation voulue par la loi et faire de la règle l'exception. D'autre part, nous savons que, pour qu'il y ait inopposabilité, seuls les tiers doivent pouvoir se prévaloir du défaut de publicité; or, on reconnaît aux associés le droit de faire tomber le contrat de société, faute de publicité : « Cet oubli frappe la société d'un certain discrédit : ses débuts sont de mauvais augure, il y a juste cause de dissolution judiciaire. » (34). Il ne saurait donc s'agir ici d'une inopposabi-

(33) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 366; Piédelièvre, *Des effets produits par les actes nuls*, thèse Paris, 1911, p. 248; Guignard, *La publicité dans les sociétés par actions*, thèse Poitiers, 1926, p. 89-90; Hémard, n° 214.

(34) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 370; cf. Hémard, n° 241-242.

bilité, mais seulement d'une nullité, *sui generis* il est vrai, inopposable aux tiers, et aboutissant, selon la formule de MM. Thaller et Percerou, à une dissolution anticipée de la société (Cf. *infra*, chap. IX).

Si la théorie de l'inopposabilité ne peut s'appliquer au cas d'absence complète de publicité, elle joue, au contraire, lorsque les statuts n'ont été que partiellement publiés et que certaines clauses ont été omises lors de l'accomplissement des formalités légales. Il faut cependant distinguer selon que la clause oubliée était ou non prévue par les articles 57 et 58 de la loi de 1867, la Doctrine et la Jurisprudence se prononçant pour le caractère simplement énonciatif de ces textes, et déclarant que doivent être portées à la connaissance des tiers toutes les clauses susceptibles de les intéresser (35). S'il s'agit d'une clause dont la publicité n'est pas requise par la loi, mais qui doit cependant figurer dans l'extrait parce que les tiers ont intérêt à la connaître, Doctrine et Jurisprudence sont d'accord pour déclarer que la sanction est l'inopposabilité de cette clause aux tiers : aucun texte n'édicte, en effet, d'autre sanction, et il n'y a par conséquent qu'à appliquer les règles générales en matière de publicité, d'autant plus que « l'intérêt des tiers est suffisamment sauvegardé quand, la société restant par ailleurs valable, les tiers ont la faculté de méconnaître la clause non insérée dans l'extrait : ils sont en droit de tenir la société pour ce qu'elle leur a paru être d'après les publicités effectuées » (36).

S'il s'agit, au contraire, d'une clause dont la publicité est requise par la loi, les solutions de la Doctrine et de la Jurisprudence ne concordent plus. La Doctrine récente ad-

(35) Cf. Hémar, n° 196.

(36) Hémar, n° 198, et les arrêts cités (note 1).

met, comme dans le cas précédent, que la seule sanction du défaut de publicité est l'inopposabilité aux tiers de la clause, et elle s'appuie sur le fait que les articles 57 et 58 de la loi de 1867, 14 et 15 de la loi de 1925, n'indiquent aucune autre sanction et s'abstiennent, en particulier, de reproduire les dispositions des articles 56 de la loi de 1867 et 13 de la loi de 1925, édictant la nullité de la société au cas d'absence totale de publicité; de plus, il n'y a aucune raison d'appliquer des sanctions différentes selon qu'il s'agit de clauses prévues ou non par la loi (37). La Jurisprudence, au contraire, suivie par de nombreux auteurs, n'en consacre pas moins la nullité de la société lorsqu'une des mentions exigées par la loi de 1867 ou celle de 1925 n'a pas figuré dans l'extrait (38). Il y a là une exception regrettable au principe que les nullités sont de droit étroit, exception aboutissant à une sanction disproportionnée, et qui n'est pas nécessaire pour atteindre le but visé par le législateur.

En ce qui concerne les actes modificatifs des statuts, la sanction du défaut de publicité est-elle la nullité de la modification ou son inopposabilité aux tiers? On concevrait fort bien l'inopposabilité, permettant aux tiers de s'en tenir à l'acte de société originaire et de repousser les modifications intervenues, s'ils y trouvent avantage. Mais il faudrait pour cela que seuls les tiers eussent le droit de se prévaloir du défaut de publicité; or, on admet ici que

(37) Labbé, note au S., 1878. 2. 225; Lyon-Caen, note au S., 1886. 2. 41; Thaller et Percerou, n° 368; Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2e édit., n° 273; Hémard, *ibid.*

(38) Req., 20 juill. 1870, S., 72. 1. 163, note de M. Bourguignat; Civ., 8 mars 1881, S., 81. 1. 237; Civ. 7 nov. 1899, S., 01. 1. 513, note de M. Wahl; D., 1900. 1. 369, note de M. Thaller; — Houpin et Bosvieux, n° 1212.

les associés pourront demander l'annulation de la modification (39). C'est donc d'une véritable nullité qu'il s'agit, et nous n'avons pas à nous en occuper ici.

De cette longue mais indispensable revue de textes, pour l'aridité de laquelle nous nous excusons, il résulte bien que tous les articles que nous avons cités créent des inopposabilités. Nous avons donc maintenant la base nécessaire pour entreprendre l'étude de cette sanction en matière de publicité.

(39) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 376; Hémard, n° 204.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Il nous est possible de faire ici une distinction, basée non plus comme notre classification générale sur le fondement de l'inopposabilité, mais sur le nombre de ses titulaires. La publicité, en effet, peut avoir pour but de rendre l'acte efficace vis-à-vis d'un plus ou moins grand nombre de tiers; parmi ceux-ci, nous verrons que les successeurs à titre universel, les héritiers, n'ont jamais droit à l'inopposabilité. Les tiers dont nous aurons à nous occuper sont donc exclusivement les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires; mais tantôt ils seront protégés *in genere*, c'est-à-dire à raison de leur seule qualité, tantôt au contraire il n'y aura que certains d'entre eux, limitativement déterminés, qui pourront se prévaloir de l'inopposabilité. Nous répartirons donc en deux catégories les bénéficiaires de l'inopposabilité.

§ I. — CAS DANS LESQUELS LA PUBLICITÉ EST NÉCESSAIRE POUR RENDRE L'ACTE EFFICACE VIS-A-VIS DES TIERS IN GENERE.

Dans les hypothèses que nous allons indiquer, tous les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires sont également protégés : on ne fait entre eux aucune distinction et chacun pourra, à raison de sa seule qualité d'ayant cause, considérer comme lui étant inop-

posables les actes de son auteur pour lesquels n'ont pas été remplies les formalités de publicité prescrites par la loi. Mais, selon les actes, ceux qui peuvent avoir à souffrir du défaut de publicité seront les ayants cause des deux parties ou seulement de l'une d'elles. Nous sommes donc conduit à faire ici une subdivision.

A. — *Cas dans lesquels les ayants cause des deux parties peuvent se prévaloir de l'inopposabilité.*

A notre avis, il en est ainsi tout d'abord en ce qui concerne l'article 252, relatif à la transcription du jugement de divorce; le législateur n'y a pas indiqué quels tiers il entendait faire bénéficier de l'inopposabilité, et les auteurs ne s'expliquent pas clairement sur ce point. Seul, M. Ségui (40) répond d'une façon catégorique : « Sont des tiers, au sens de la loi du 26 juin 1919, toutes les personnes autres que les deux époux et leurs ayants cause à titre universel. » Et nous pensons, avec lui, que les héritiers ne peuvent être comptés parmi les bénéficiaires de l'article 252 : ceux que la loi a voulu protéger, ce sont uniquement ceux qui, croyant les anciens époux toujours mariés, peuvent subir un préjudice en traitant avec eux; les héritiers peuvent bien être lésés, mais c'est par suite du divorce lui-même, et non du défaut de transcription; ils ne méritent donc pas d'être rangés parmi les tiers à qui doit profiter l'article 252.

En matière d'adoption (art. 368), nous avons vu qu'il fallait comprendre parmi les parties « tous ceux qui ont coopéré à l'acte, fût-ce pour l'autoriser ». Mais toutes les autres personnes sont-elles des tiers au sens de l'article 368?

(40) *Le triple instant des effets du divorce*, p. 131.

Pour les ayants cause à titre particulier, tels que légataires ou donataires menacés de voir leur libéralité réduite par la réserve de l'adopté (41), on les range généralement parmi les tiers (42). Mais pour les ayants cause à titre universel? Leur intérêt n'est pas négligeable : supposons, en effet, que l'adoptant meure entre l'adoption et sa transcription; si ses héritiers peuvent invoquer l'inopposabilité, ils écarteront l'adopté de la succession; inversement, s'il s'agit du décès de l'adopté, ses héritiers pourront refuser à l'adoptant le droit de retour légal. Certains auteurs, s'appuyant sur l'article 369, qui permet aux héritiers de présenter des objections contre l'adoption, inclinent à croire qu'il ne faut pas les assimiler aux parties (43). D'autres, au contraire, leur refusent le droit d'exciper du défaut de transcription (44). Quant à nous, il nous semble que, pour régler la question, il faut rechercher ce qu'a voulu le législateur : lorsqu'il a établi la publicité, c'est évidemment en faveur de ceux qui subiraient un préjudice si la transcription ne leur permettait pas de connaître l'adoption. En d'autres termes, il a voulu protéger non pas ceux auxquels l'adoption nuit par elle-même, car après la publicité ils seront bien obligés de la respecter et la transcription n'améliore pas leur sort, mais ceux auxquels nuirait seulement le défaut de publicité. Or, ces derniers ne peuvent être que ceux dont la conduite sera différente, suppose-t-on, selon qu'ils connaîtront ou non l'adoption.

(41) « Il est à peu près universellement admis que l'article 357 commande pour l'enfant adoptif non seulement des droits de succession *ab intestat*, mais une réserve sans laquelle son assimilation à l'enfant légitime ne serait que platonique. » (Savatier, *Rev. trim.*, 1927, p. 1017).

(42-43) Planiol, Ripert et Rouast, II, *La Famille*, n° 1045, p. 882.

(44) E. Lévy, Rapport à la Société d'études légis., *Bulletin*, 1920, p. 138.

Si nous appliquons cette idée, si nous nous demandons quels sont ceux qui agiront différemment selon qu'ils seront ou non avertis de l'adoption, nous sommes conduit à rejeter les héritiers du cercle des bénéficiaires de l'article 368. La présence d'un héritier réservataire, qui concourt avec eux ou même les exclut, les prive en tout ou en partie d'une hérédité sur laquelle ils comptaient; la publicité n'améliore pas leur sort, elle les avertit seulement que la succession leur échappe plus ou moins; elle leur enlève un espoir mais ne change rien à leur situation. L'application de notre idée nous conduit encore beaucoup plus loin et nous pousse à refuser aux ayants cause à titre particulier le bénéfice de l'article 368. En ce qui concerne tout d'abord les légataires, il est certain qu'ils souffrent de l'adoption en elle-même et non du défaut de transcription. Pour les donataires, la question est plus délicate : leur intérêt serait évident si l'on admettait que la réserve de l'adopté ne s'impose pas aux donataires qui ont publié leur titre avant la transcription de l'adoption et si le conflit se réglait d'après la priorité de l'accomplissement des formalités de publicité; or on admet, au contraire, que toutes les donations, même antérieures à l'adoption, sont soumises à réduction ⁽⁴³⁾. Dès lors, nous devons nous demander quel intérêt ils ont à être avertis de l'adoption et s'ils se comporteront autrement selon qu'ils en auront ou non connaissance. Par la publicité, ils seront avertis que leur droit n'est pas irrévocable, comme ils pouvaient le croire s'il n'y avait pas d'autres réservataires, et qu'ils doivent tenir compte de l'éventualité d'une réduction. Mais cette connaissance les incitera-t-elle à se comporter autre-

(43) Trib. civ. Bourg, 21 juill. 1927, *La Loi*, 29 sept. 1927, note de M. Lévy; *Rev. trim.*, 1927, p. 4017.

ment par rapport au bien donné, à ne pas toucher à sa valeur en capital et à se contenter d'en percevoir les fruits? Nous ne le croyons pas. Et, d'ailleurs, les donataires ne sont-ils pas soumis à une éventualité beaucoup plus grave : celle d'une révocation pour survenance d'enfant, qui doit les engager à ne disposer du bien donné qu'avec prudence? Avant la mort de son auteur et la liquidation de sa succession, un donataire ne doit jamais compter sur l'irrévocabilité de son droit; la publicité ne peut que lui apporter une précision sur la menace qui pèse sur sa donation, mais elle ne saurait, à notre avis, constituer en sa faveur une arme pour repousser l'action en réduction de l'adopté : c'est de l'adoption elle-même que souffre le donataire, et non du défaut de publicité. En ce qui concerne, enfin, les créanciers chirographaires, nous croyons qu'eux aussi ne subiraient pas de préjudice si l'adoption n'était pas transcrite.

Nous arrivons donc à cette conclusion, paradoxale à première vue, qu'aucun ayant cause ne peut se prévaloir de l'article 368 (46). Et pourtant, cela peut fort bien s'expliquer : sans dire, comme certains auteurs l'ont fait à propos du divorce, que la distinction des parties et des tiers doit être écartée du droit des personnes, nous pouvons constater que, dans tous les cas où le législateur a sanctionné de l'inopposabilité le défaut de publicité d'un acte,

(46) En cherchant bien, on conçoit tout de même une hypothèse où un tiers pourra se prévaloir du défaut de transcription de l'adoption, mais elle se présentera tellement rarement, si jamais elle se présente, qu'on peut la tenir pour négligeable. Il faut supposer en effet qu'un créancier chirographaire de l'adoptant saisisse un de ses biens et se trouve en concours avec l'adopté, agissant en tant que créancier d'aliments. Il pourra soutenir que l'adoption lui est inopposable, qu'à son égard l'adopté n'est pas créancier et que, par suite, il doit être écarté de la procédure de distribution.

c'est que cet acte apporte des modifications soit dans la capacité, soit dans le patrimoine d'une personne, et qu'il est, par suite, susceptible d'avoir des répercussions pécuniaires pour les tiers. Ici, au contraire, il en est tout autrement : l'adoption est un acte qui concerne *uniquement* l'état des personnes, sans que ni l'adoptant ni l'adopté voient modifier leur capacité ou changer la composition de leur patrimoine. Par sa nature, la publicité de l'adoption ne peut être que ce que nous avons appelé, avec Giovene, une *publicité-notice* : elle n'a pas plus de valeur que toutes les formalités de publicité de l'état civil, telles que la publicité de la reconnaissance ou de la légitimation; elle ne doit être sanctionnée que par des peines pécuniaires, à la charge de ceux qui sont tenus de l'effectuer, et c'est à tort que le législateur l'a rangée parmi les *publicités-substantielles*, sanctionnées d'une inopposabilité.

Il y a bien une personne qui aurait intérêt à être avvertie de l'adoption, mais ce n'est pas un ayant cause : c'est le conjoint de l'adoptant, à supposer que celui-ci se marie après l'adoption. Si celle-ci est effectuée par une personne mariée, l'article 347 exige le consentement de l'autre époux à peine de nullité (47). Si l'adoptant se marie après l'adoption, on concevrait donc que le conjoint qui a ignoré l'acte, faute de transcription, puisse l'écarter, car peut-être n'eût-il pas consenti au mariage s'il en eût été averti. Mais une inopposabilité serait insuffisante à le protéger : dans la plupart des cas, ce ne sont pas seulement les effets pécuniaires de l'adoption qu'il voudra écarter : ce qu'il désirera, c'est faire tomber les liens de parenté adoptive pour que se relâchent l'intimité et l'amitié entre l'adoptant et l'adopté, pour qu'ils en arrivent à se traiter comme des

(47) Cf. Japiot, p. 34, 448 et 515.

étrangers (48). Or, comme dans le cas de l'article 347, ceci ne peut être obtenu que par une nullité. Et même si le conjoint voulait se contenter de repousser les effets pécuniaires de l'adoption, il ne pourrait le faire au moyen de l'inopposabilité. Il est facile, en effet, de voir que le législateur n'a pas songé à lui en prescrivant la transcription de l'adoption; s'il y a bien une publicité faite au lieu du domicile de l'adoptant (compétence du Tribunal civil de ce domicile, lecture du jugement en audience publique, affichage à la porte de l'auditoire et insertion dans un journal d'annonces légales publié au domicile de l'adoptant), la transcription du jugement, seule mesure sanctionnée d'une inopposabilité, a lieu sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, et c'est en marge de l'acte de naissance de ce dernier seulement qu'il est fait mention de l'adoption. Le conjoint de l'adoptant ne peut donc être averti par la transcription, ce n'est pas lui qu'elle a pour but de prévenir, et dès lors il faut en conclure que lui non plus, quel que soit son intérêt, ne peut se prévaloir de son inaccomplissement.

Peut-on faire le même raisonnement pour le conjoint de l'adopté si celui-ci se marie après l'adoption? Ici encore, il faudrait une nullité pour que la protection fût complète, mais les raisons que nous avons invoquées pour refuser au conjoint de l'adoptant un droit à l'inopposabilité ne se rencontrent plus. Néanmoins, nous croyons qu'il faut également dénier ce droit au conjoint de l'adopté, car il ne pourrait avoir intérêt à l'invoquer que comme héritier et il ne saurait, pas plus qu'un autre successible, refuser à l'adoptant son droit de retour légal. En résumé, ni les ayants cause de l'adoptant ou de l'adopté, ni leurs

(48) Cf. Japiot, p. 448.

conjointes ne peuvent invoquer l'inopposabilité de l'adoption. Il y a cependant quelques tiers qui peuvent se prévaloir de l'article 368; il en sera ainsi dans l'hypothèse suivante : l'adopté est mineur; entre l'adoption et la transcription, un bien lui appartenant est vendu par son père; puis l'adoptant le revend à un tiers. Le premier acquéreur pourra invoquer le défaut de transcription de l'adoption, soutenir qu'à son égard le père avait le droit de disposer du bien en question, et, par suite, faire valider son acquisition. Cette hypothèse et celle que nous avons signalée plus haut (p. 49, note 46) permettent de dire que théoriquement l'article 368 est susceptible d'application; mais, en réalité, c'est là un texte dénué de toute importance pratique.

Nous n'avons donc jusqu'à présent qu'un seul cas, celui de l'article 252, où les ayants cause des deux parties puissent se prévaloir de l'inopposabilité. Il en est cependant encore un autre, prévu par l'article 1397.

Ce texte est relatif aux contre-lettres additionnelles à un contrat de mariage. En cette matière, on admet que, « par tiers, il faut entendre toutes personnes qui, par suite des conventions matrimoniales, ont sur les biens des époux des droits à exercer, que le maintien de la contre-lettre aurait pour effet d'anéantir ou de restreindre » (49); ce sont donc toutes les personnes autres que les époux et leurs successeurs à titre universel.

A notre connaissance, ce sont là les deux seuls cas où les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires des deux parties puissent invoquer l'inopposabilité d'un acte passé par leur auteur.

(49) Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 64, p. 83, note 1; Aubry et Rau, VII, § 503 bis, p. 519.

B. — *Cas dans lesquels les ayants cause d'une seule des parties peuvent se prévaloir de l'inopposabilité.*

Ces cas sont beaucoup plus nombreux que les précédents : on peut en effet y comprendre ceux que concernent les articles 311, 941, 1391, 1451, 1690, 2003, 2075, 2134, 2166 et 2214. Les articles 311 et 1451 ne protègent que les seuls ayants cause de la femme, car c'est à eux seuls que nuiraient la cessation de la séparation de corps ou le rétablissement de la communauté s'ils leur étaient opposables sans être publiés : ayant traité avec la femme en la croyant séparée de corps ou de biens, ils seraient victimes de l'incapacité dont elle est à nouveau frappée. Quant aux ayants cause du mari, il ne saurait être question d'eux : les deux événements prévus par les articles 311 et 1451 n'enlèvent, en effet, aucun droit au mari, ils ne peuvent qu'augmenter ses pouvoirs : les personnes qui ont traité avec lui ne sauraient donc en souffrir.

L'article 941, relatif aux donations, est ainsi conçu : « Le défaut de transcription pourra être invoqué par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur. » Le principe posé est donc que la publicité est nécessaire à l'égard de tous les tiers, mais les exceptions restreignent considérablement cette règle; en effet, il faut tout d'abord en exclure les ayants cause du donataire (50); les héritiers et légataires universels du donateur doivent également se voir refuser le droit à l'inopposabilité (51) : ce n'est pas du défaut de publicité qu'ils souff-

(50) Cf. pour les créanciers : Req., 1^{er} mai 1861, S., 61. 1. 481, D., 61. 1. 323; Nancy, 27 juill. 1878, S., 76. 2. 129.

(51) Colin et Capitant, I, p. 971; Req., 1^{er} août 1879, D., 79. 1. 167; Civ., 1^{er} juin 1897, S., 97. 1. 399, D., 98. 1. 58.

frent, mais de l'existence même de la donation. Le droit d'invoquer l'absence de transcription est donc, en définitive, réservé aux ayants cause à titre particulier du donateur (acquéreurs à titre gratuit ou onéreux du bien donné) et à ses créanciers ⁽³²⁾.

Nous devons signaler ensuite le cas du contrat de mariage. Alors que le défaut de publicité des contre-lettres qui l'accompagnent profite aux ayants cause des deux époux, lorsque le contrat lui-même n'a pas été rendu public conformément à la loi du 10 juillet 1850, seuls les ayants cause de la femme peuvent invoquer la violation de la loi. En effet, puisque cette inopposabilité supprime une incapacité, doivent en bénéficier tous ceux qui auraient eu à en souffrir, c'est-à-dire tous ceux qui, par contrat, sont devenus les ayants cause de la femme : acquéreurs de bien dotaux ou créanciers chirographaires saisissant les biens dotaux ⁽³³⁾. Quant aux ayants cause à titre universel, il est bien certain qu'il ne saurait être question d'eux dans notre hypothèse.

En matière de cession de créance (art. 1690), les bénéficiaires de l'inopposabilité sont les ayants cause à titre particulier et les créanciers du cédant ⁽³⁴⁾; quant aux ayants cause du cessionnaire, les seuls qui pourraient avoir intérêt à critiquer l'opération sont les créanciers, qui voient peut-être disparaître un élément certain d'actif, remplacé par une créance sur un débiteur douteux; mais cet intérêt n'est pas suffisant pour mériter l'intervention du législateur; seuls sont dignes de protection ceux qui peuvent se trouver amenés à entrer en conflit avec le cessionnaire sur l'existence même de son droit, c'est-à-dire ceux qui pré-

⁽³²⁾ Colin et Capitant, *ibid.*, et les renvois.

⁽³³⁾ Juille, p. 113.

⁽³⁴⁾ Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente et échange*, n° 790; Colin et Capitant, II, p. 149; Campion, p. 16-17.

tendent avoir sur la créance cédée des droits que la cession tendrait à supprimer ou à restreindre; or ce ne peuvent être que les ayants cause du cédant. La disposition expresse de l'article 1691 y ajoute le débiteur cédé, car il a un intérêt évident à connaître la cession (33).

En ce qui concerne l'article 2003, qui traite de la révocation du mandat, les bénéficiaires de l'inopposabilité sont indiqués par le texte lui-même, qui s'exprime ainsi : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. » Ce sont donc tous ceux qui sont devenus ayants cause du mandataire, agissant en cette qualité; eux seuls, mais eux tous ont, en effet, besoin de la protection du législateur.

En matière de gage (art. 2075), les tiers qui ont intérêt à se prévaloir de l'absence de signification ne sont certainement pas les ayants cause du créancier gagiste, mais seulement ceux de son débiteur, auxquels il faut joindre, comme en matière de cession de créance, le débiteur de la créance mise en gage. De même, en ce qui concerne les articles 2134 et 2166, qui sanctionnent d'une inopposabilité le défaut d'inscription de l'hypothèque, sont des tiers tous ceux auxquels l'exercice du droit de préférence ou du droit de suite causerait préjudice, c'est-à-dire tous les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires du débiteur. Quant aux héritiers, ils sont assimilés au débiteur lui-même (36).

(33) *Campion, ibid*; Cf. Paris, 7 déc. 1907, S., 08. 2. 183, et la note de M. Wahl (p. 186, col. 3), et *Rev. trim.*, 1908, p. 701.

(36) Laurent, XXX, nos 531 et 534; Aubry et Rau, III, § 267, texte et note 3; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1440; Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, n° 758. Civ., 17 août 1868, S., 62. 1. 377.

Enfin, la dernière hypothèse que nous ayons à envisager dans ce paragraphe est celle que prévoit l'article 2214 : « Le cessionnaire d'un titre exécutoire ne peut poursuivre l'expropriation qu'après que la signification du transport a été faite au débiteur. » Cette disposition se rattache à l'article 1690, et, par conséquent, tous les tiers que nous avons indiqués à propos de ce texte pourront se prévaloir du défaut de signification (37).

§ II. — CAS DANS LESQUELS LA PUBLICITÉ EST NÉCESSAIRE
POUR RENDRE L'ACTE EFFICACE
VIS-A-VIS DE CERTAINS TIERS DÉTERMINÉS.

Ces cas sont extrêmement rares, et nous n'en avons relevé que deux dans le Code civil. L'un se rencontre en matière de transcription des substitutions: d'après les articles 1070 et 1072, aucun des ayants cause du disposant ne peut invoquer le défaut de publicité (38); les grevés, qui auraient intérêt à s'en prévaloir, sont en effet exclus, car c'était à eux qu'incombait le soin de faire opérer la transcription, et les autres ayants cause du disposant n'ont aucun intérêt leur permettant d'invoquer l'absence de publicité : que la substitution ait été réalisée par donation ou par testament, l'inopposabilité de la charge de conserver et de rendre n'en laisse pas moins subsister la libéralité; c'est seulement s'il s'agissait d'une substitution par do-

(37) D'après certains auteurs cependant, l'article 2214 se rattacherait plutôt à l'article 583 du Code de procédure qui oblige le créancier voulant opérer une saisie à signifier son titre au débiteur; ce dernier seul pourrait alors se prévaloir du défaut de signification. En ce sens : Aubry et Rau, XII, § 778, note 50; Garsonnet, note au S., 1892. 4. 183; Cf. Monthéliard, 41 févr. 1869, D., 70. 3. 88; Civ., 10 déc. 1888, S., 89. 4. 77; Dijon, 41 juill. 1889, S., 89. 2. 232.

(38) Cf. Aubry et Rau, XI, § 696, texte et note 57.

nation, et si ni la donation ni la substitution n'avaient été transcrites que les ayants cause du disposant pourraient invoquer l'inopposabilité de l'acte; mais ils le feraient alors sur le fondement de l'article 941, et non sur celui de l'article 1070 : c'est le défaut de publicité de la donation, et non de la substitution, qui leur donnerait le droit d'agir.

Seuls, les ayants cause du grevé peuvent donc invoquer le défaut de transcription, car seuls ils y ont intérêt : c'est vis-à-vis d'eux, en effet, qu'existe le danger créé par la charge de conserver et de rendre, ce sont eux qui risqueraient d'être dépouillés si les appelés pouvaient leur opposer une substitution non publiée. Mais parmi eux, tous ne sont pas également dignes de protection : le législateur, dans l'article 1070, n'indique comme bénéficiaires de l'inopposabilité que les créanciers et les tiers acquéreurs à titre onéreux, c'est-à-dire les ayants cause *qui certant de damno vitando*; les acquéreurs à titre gratuit, au contraire, sont exclus du cercle des ayants droit par l'article 1072, qui, se référant aux grevés de substitution, interdit à leurs donataires, légataires et héritiers d'opposer aux appelés le défaut de transcription ou d'inscription (59). Si ceux qui luttent *de lucro captando* sont ainsi exclus, c'est qu'il s'agit bien, en notre matière, uniquement de la protection de tiers déterminés.

Le second texte du Code civil dont nous ayons à nous occuper n'a qu'un domaine d'application des plus limités; c'est l'article 1813, relatif à la constitution de cheptel, et ainsi conçu : « Lorsque le cheptel est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient; sans quoi il peut le saisir et le faire vendre pour

(59) Aubry et Ran, XI, § 696, texte et note 36; Colin et Capitant, III, p. 969; Planiol, III, n° 3315.

ce que son fermier lui doit. » Dans cette hypothèse donc, seul le propriétaire de la ferme pourra exciper de l'absence de notification, car lui seul a besoin d'être protégé. Notre texte ne fait d'ailleurs qu'appliquer au cas spécial de constitution de cheptel une solution admise en faveur de tout bailleur : si un tiers pouvait revendiquer les meubles introduits par le locataire, sous prétexte que ce dernier n'en était que détenteur précaire, le bailleur, qui a fait confiance au locataire sur ses apparences de solvabilité, risquerait de voir s'évanouir son gage et de ne pouvoir utiliser le privilège que lui confère la loi pour sûreté des loyers qui lui sont dus. Aussi est-il admis par tout le monde que le privilège s'étend même aux objets que des tiers ont pu fournir au locataire si le propriétaire n'a pas été prévenu de leurs droits (60).

Mais s'il n'y a au Code civil que deux textes consacrant la protection de tiers déterminés, la loi du 23 mars 1855, relative à la transcription, est venue considérablement augmenter le nombre des hypothèses où seuls certains ayants cause peuvent se prévaloir de l'inopposabilité d'un acte non publié. C'est que « le principe de transfert de la propriété par le seul consentement serait ruiné si l'on admettait que tout intéressé pût se prévaloir du défaut de transcription. L'acquéreur aurait, en effet, un droit qui ne serait opposable à personne, sauf à son vendeur : ce droit ressemblerait beaucoup plus à un droit de créance qu'à un droit réel. Aussi la loi sur la transcription a-t-elle précisé, par une formule plus restrictive, les personnes qui ont le droit de se prévaloir du défaut de transcription. » (61).

(60) Guillouard, *Louage*, II, n° 943; Aubry et Rau, III, § 261, p. 235; Dijon, 10 mai 1893, D., 93. 2. 479.

(61) Planiol, Ripert et Picard, III, *Les biens*, n° 625.

Après avoir énuméré tous les actes soumis à transcription, elle n'accorde, dans son article 3, le droit d'invoquer l'absence de transcription qu'aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément aux lois. Et c'est aussi la formule employée par la loi du 1^{er} juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française en Alsace-Lorraine (art. 40). On reconnaît unanimement qu'il ne peut être ici question des *penitus extranei* (usurpateurs) ni des personnes qui tiennent leurs droits d'un autre auteur, mais seulement des ayants cause de celui qui a consenti le droit soumis à transcription ou à inscription au livre foncier : eux seuls ont intérêt à connaître les aliénations totales ou partielles effectuées par leur auteur. La formule des lois de 1855 et de 1924 vient encore limiter les ayants droit de cette catégorie : au sens de ces lois, seuls sont des tiers les ayants cause qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés conformément à la loi, ce qui comprend, par exemple, les acquéreurs à titre gratuit ou onéreux, les acquéreurs de servitudes, les preneurs emphytéotiques, etc., mais ce qui exclut les héritiers, les légataires, les locataires pour moins de dix-huit ans et les créanciers chirographaires (62).

(62) Si la loi de 1855 exige que le tiers ait conservé son droit conformément à la loi, c'est-à-dire qu'un second acquéreur par exemple ait lui-même transcrit, les articles 941 et 1690 au contraire ne requièrent rien de pareil. Ce n'en est pas moins nécessaire, car si le second donataire n'a pas publié son titre, son adversaire pourra aussi se prévaloir du défaut de publicité : tous deux invoqueront alors l'article 941 et combattront à armes égales au point de vue forme : de même que la simultanéité de la publicité l'empêche de produire tout effet (Limoges, 20 juin 1894, et sur pourvoi, Req., 11 mars 1897, D., 97. 1. 241; Caen, 18 juin 1908, D., 08. 2. 361, note de M. de Loynes), de même l'absence de forme des deux côtés se neutralise. Il faut alors régler la question au point de vue du fond et l'on appliquera la règle *prior tempore, potior jure*. Le même raisonnement peut être

Il faut cependant remarquer que, s'il s'agit bien ici de tiers déterminés, en Belgique au contraire la protection de l'inopposabilité est accordée à tous les tiers *in genere* : d'après la loi du 16 décembre 1834, « tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude ». Si bien que l'on a pu dire que, « lorsque l'acte de vente d'un immeuble n'a pas été transcrit, le vendeur garde la propriété de l'immeuble vendu à l'égard de tous, excepté à l'égard de l'acheteur, et l'acheteur n'est investi de la propriété de cet immeuble à l'égard de personne, excepté à l'égard du vendeur ».

fait en ce qui concerne l'article 1690. Pour triompher, celui qui veut invoquer le défaut de publicité doit donc lui-même avoir publié son titre, s'il est postérieur en date; en pratique, d'ailleurs, cette publicité est toujours effectuée. La seule différence entre la loi de 1833 d'une part, les articles 941 et 1690 de l'autre, consiste en ce que, dans le premier cas, le tiers n'a pas droit à l'inopposabilité s'il n'a pas lui-même transcrit son titre.

Si, au lieu d'un second acquéreur, c'est un créancier chirographaire dont on envisage la situation, des distinctions s'imposent. D'après la loi de 1833, un créancier chirographaire, même saisissant, ne peut invoquer le défaut de publicité, car il n'a aucun droit réel sur l'immeuble (Colin et Capitant, I, p. 964; Nancy, 8 déc. 1836, D., 36. 3. 61; Civ., 31 août 1884, S., 82. 4. 248, D., 82. 4. 17; — *Contra*, Labbé, note au S., 1877. 1. 441). La saisie ne sera valable que si elle est transcrite avant que la vente n'ait acquis date certaine (art. 686 C. proc.), mais elle permettra alors de méconnaître l'aliénation, publiée ou non. Si le débiteur tombe en faillite, ses créanciers pourront invoquer le défaut de publicité des actes passés par lui, grâce à l'hypothèque légale de la masse, qui en fait des tiers au sens de la loi de 1833; mais l'hypothèque devra alors avoir été inscrite avant la transcription de l'acte, selon la règle générale de l'article 3.

Quant à...

Il nous faut donc conclure que le cercle des personnes protégées est des plus variables, puisqu'il va jusqu'à comprendre les ayants cause à titre particulier des deux parties et peut se réduire à une seule personne (art. 1813). Aussi ne pouvons-nous donner une formule générale et dire : « Les sujets actifs de l'inopposabilité pour défaut de publicité sont... ». Quant à rechercher si sous cette diversité il n'y a pas néanmoins une idée commune qui a guidé le législateur lorsqu'il a déterminé les tiers protégés, c'est une question qui relève de notre seconde partie.

Quant à l'article 944, il n'exige plus que les tiers soient titulaires d'un droit réel : on admet donc que les créanciers chirographaires du donateur peuvent invoquer le défaut de transcription (Colin et Capitant, I, p. 971, et les renvois). Mais ils n'y ont intérêt que lorsqu'ils ont « mis leur droit en mouvement d'une façon quelconque », « lorsqu'ils ont exercé leur droit par une mainmise sur le bien » (Dermolombe, XX, n° 301), c'est-à-dire en cas de saisie ou de faillite (Aubry et Rau, XI, § 704, p. 324; Planiol, Ripert et Picard, III, n° 639). Dans le premier cas, il faudra que la saisie ait été transcrite avant la transcription de la donation, mais, dans le second, il suffit que le jugement déclaratif soit intervenu avant la transcription (Aubry et Rau, *ibid.*, Planiol, Ripert et Picard, *ibid.* La Jurisprudence va plus loin et a même annulé des donations transcrites après l'ouverture de la faillite, mais avant le jugement : Montpellier, 27 avril 1840, S., 40. 2. 409; Req., 23 nov. 1839, S., 61. 1. 83; cette jurisprudence est critiquée par Aubry et Rau, *ibid.*, note 33). En matière de cession de créance enfin, comme la saisie-arrêt n'est soumise à aucune publicité, la question ne se pose pas.

Nous pouvons donc conclure que le tiers qui veut se prévaloir du défaut de publicité doit lui-même avoir publié son titre, sauf en cas de faillite du donateur ou de saisie-arrêt opérée par les créanciers du cédant.

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

Dans la section précédente, nous n'avons pu dégager de formule unique déterminant les tiers qui bénéficient de l'inopposabilité pour défaut de publicité et nous avons été obligé de procéder par classifications. Ici, au contraire, en ce qui concerne les personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité, il nous est possible de donner une formule générale : *l'inopposabilité peut être invoquée contre toute personne qui voudrait se prévaloir de l'acte inopposable, que cette personne soit une partie ou un tiers.*

C'est qu'en effet des tiers peuvent vouloir tirer profit de l'opération et invoquer l'acte à l'encontre du bénéficiaire de l'inopposabilité. Les uns sont des ayants cause qui, ne figurant pas dans les individus protégés par la loi, se trouvent liés par l'acte : ils jouissent alors de ses effets favorables comme ils subissent ses conséquences désavantageuses. Les autres sont des ayants cause qui figurent bien parmi les titulaires du droit de critique, mais qui renoncent à la protection du législateur et déclarent tenir l'acte pour valable : supportant alors le préjudice qui peut en résulter pour eux, ils ont aussi le droit d'en invoquer le bénéfice.

Mais tous ces tiers, s'ils peuvent bien se prévaloir de l'acte à l'encontre de ceux auxquels il s'impose, ne sauraient, pas plus que les parties, lui faire produire effet à l'égard des bénéficiaires de l'inopposabilité. Et pratiquement cela se comprend fort bien : pour que la protection soit

efficace, il faut qu'elle mette à l'abri de toutes les atteintes, d'où qu'elles viennent. L'acte ne doit nuire en rien au tiers protégé, et il ne pourrait en être autrement que si les considérations qui militent en sa faveur se trouvaient en conflit avec d'autres aboutissant à le sacrifier au profit de certaines personnes. Or, il n'en est pas ainsi en notre matière, où seules interviennent des considérations de protection; le tiers qui bénéficie de l'inopposabilité pourra donc s'en prévaloir *erga omnes*. Juridiquement, l'explication n'est pas moins facile : si les tiers qui veulent se prévaloir du défaut de publicité jouissent d'un droit propre pour repousser l'acte, *ceux qui invoquent cet acte, soit qu'ils n'aient pas de droit de critique, soit qu'ils y aient renoncé, agissent, au contraire, en tant qu'ayants cause*; or, c'est un principe universellement admis que les ayants cause, en cette qualité, n'ont pas plus de droits que leur auteur : ils se trouvent donc placés sur le même pied que les parties et sont par conséquent comme elles les sujets passifs de l'inopposabilité.

Il en résulte que les ayants cause de la personne qui a perdu, cédé ou constitué un droit au moyen de l'acte non publié peuvent se prévaloir de l'inopposabilité non seulement à l'encontre du bénéficiaire de cet acte, mais aussi de ceux avec qui il a contracté. Ainsi, après un divorce non transcrit, les ayants cause de la femme seront primés par les tiers avec lesquels le mari a passé des actes d'administration relativement aux biens propres de son épouse. De même, le second cessionnaire d'une créance peut invoquer l'inopposabilité non seulement à l'encontre du premier cessionnaire, qui ne s'est pas conformé à l'article 1690, mais aussi du débiteur cédé qui voudrait se prévaloir d'un paiement fait au premier cessionnaire ou d'une remise de dette consentie par lui.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Lorsque le législateur a donné à un tiers le droit de tenir un acte quelconque pour inefficace par suite du défaut de publicité, quels sont les moyens par lesquels le tiers va faire valoir ce droit? *A priori*, on en conçoit deux : une exception et une action.

1° EXCEPTION. — L'exception semble le moyen le plus naturel de faire jouer l'inopposabilité. Il s'agit en effet uniquement pour le tiers de se défendre, soit que l'on invoque directement contre lui l'acte non publié, soit qu'on veuille le lui opposer au cours d'une instance qu'il a engagée : le tiers agira par voie d'exception ou de réplique.

L'exception lui est donc d'une incontestable utilité. Mais des considérations pratiques ne s'opposent-elles pas à ce qu'elle lui soit accordée ? Il faut la refuser, en effet, lorsqu'il s'agit de questions particulièrement graves et délicates, nécessitant par exemple l'administration d'une preuve compliquée : pour trancher le différend, un véritable procès sera alors nécessaire, et l'on rejettera la voie de l'exception pour exiger du critiquant qu'il fasse valoir son droit par une demande principale. Mais en matière de publicité, il est loin d'en être ainsi : l'inopposabilité résulte d'un vice de forme, et le juge saisi du litige peut facilement vérifier si la publicité a ou non été accomplie selon les règles prescrites par la loi ; de plus, aucune question d'in-

interprétation ne se pose et les magistrats ne jouissent d'aucun pouvoir d'appréciation : leur seul rôle est de constater que la loi a été respectée ou que ses prescriptions ont été violées. Enfin, *le tiers n'a aucune preuve à fournir* : l'inopposabilité pour défaut de publicité est un vice originaire, entachant l'acte dès sa naissance et ne disparaissant que par l'accomplissement des formalités légales (63). C'est donc à celui qui invoque l'acte à démontrer que ces formalités ont été observées et que, par suite, celui-ci est pourvu d'efficacité vis-à-vis de son adversaire; la loi n'a accordé de valeur à cet acte que moyennant la réalisation de certaines conditions, et, jusqu'à ce que la preuve de cette réalisation ait été apportée, le tiers peut en repousser purement et simplement tout effet qui lui porterait préjudice. Nous pouvons donc conclure que le titulaire de l'inopposabilité jouit d'une exception pour faire valoir son droit.

2° ACTION. — Une action principale, tendant à faire constater l'inopposabilité, n'est donc pas indispensable : le tiers n'est pas *obligé* d'agir. Mais *peut-il* le faire, a-t-il une action préventive qu'il puisse intenter s'il préfère ne pas attendre qu'on invoque l'acte contre lui ? Il nous semble que non, car nous ne découvrons pas l'intérêt que pourrait avoir le tiers à faire préventivement constater l'inopposabilité : nous avons vu, en effet, que l'exception suffit à sa défense, soit que l'on agisse principalement contre lui, soit que lui-même agisse et qu'on lui oppose l'acte non publié. Le tiers est donc à ce point de vue absolument tranquille : qu'il soit demandeur ou défendeur, il est certain du bénéfice de l'inopposabilité. Il ne pourrait en être autrement que si une publicité postérieure pouvait lui nuire ou si la pres-

(63) *Infra*, p. 85 et s.

cription menaçait de mettre obstacle à l'exercice de son droit. Mais nous verrons plus loin que, par application de l'idée de respect des droits acquis, la publicité postérieurement faite ne peut lui nuire et que l'inopposabilité pour défaut de publicité est imprescriptible. Puisque le tiers n'a pas d'intérêt à agir préventivement pour faire judiciairement constater l'inopposabilité, *nous devons lui refuser toute action et dire que le seul moyen par lequel il pourra faire valoir son droit est une exception.*

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

A son égard, les effets de l'inopposabilité peuvent se résumer en deux propositions, que nous allons successivement commenter : l'acte non publié ne peut lui nuire, mais il peut lui profiter.

A. — *L'acte non publié ne peut nuire au tiers qui invoque l'inopposabilité.*

C'est là le but même de l'inopposabilité, et il est obtenu en privant l'acte de tous les effets susceptibles de porter préjudice au tiers protégé, mais naturellement dans la mesure seulement où ces effets le lésaient (64) : l'inefficacité est donc limitée par l'intérêt du tiers, et c'est ainsi, notamment, que ne peuvent opposer le défaut de signification d'une cession de créance des créanciers hypothécaires prétendant que le cessionnaire a été indûment colloqué avant eux, parce que le cédant aurait seul pu produire, faute de signification; ils sont, en effet, désintéressés sur le point de savoir qui sera colloqué du cédant ou du cessionnaire (65).

Si c'est seulement contre les effets qui lui portent préjudice que le tiers peut invoquer l'inopposabilité, il sem-

(64) Cuny, p. 24; Giovene, n° 70, p. 308.

(65) Nîmes, 19 nov. 1907, *Gaz. trib.*, 1908, 1^{er} sem., 2, 175.

ble que c'est contre eux tous qu'il doit être protégé : dans la mesure de son intérêt, l'inefficacité doit être totale. Il en est effectivement ainsi dans la plupart des cas que nous avons envisagés, et c'est ce qui se passera, par exemple, en matière de donations ou de substitutions (66); il en sera de même en ce qui concerne les contre-lettres adjointes à un contrat de mariage : les droits des tiers sur le patrimoine des époux seront réglés par le contrat lui-même comme s'il n'avait pas été modifié (67); ainsi également, en matière de rétablissement de la communauté par réconciliation des époux (art. 1451), l'inopposabilité protégera les tiers contre toutes les conséquences du rétablissement : incapacité de la femme, hypothèque légale, etc. Et il nous faut citer encore, parmi les cas où cette solution ne saurait faire doute, les articles 1813, 2003 (68), 2073, 2134, 2166 (69) et 2214 du Code civil.

Enfin, en ce qui concerne la loi de 1853, par suite du défaut de transcription le vendeur est réputé, à l'égard des tiers, n'avoir pas cessé d'être propriétaire de l'immeuble vendu. Faisant une application curieuse mais absolument logique de cette idée, un arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} décembre 1902 (70) a décidé qu'il devait en être de même de ses héritiers légitimes et des héritiers de ceux-ci, et il en a conclu que « le créancier qui a obtenu un jugement de condamnation contre les héritiers de l'héritier du vendeur a pu valablement, avant la transcription de l'acte

(66) Dupuy, *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1907, p. 94.

(67) Laurent, XXI, n° 102.

(68) Bordeaux, 2 juin 1869, D., 70. 2. 220; Req., 23 mai 1870, D., 72. 3. 310, n° 16.

(69) Planiol, Ripert et Becqué, *Sûretés réelles*, XII, n° 758, p. 709.

(70) S., 1903. 1. 180, D., 1904. 1. 3, note de M. de Loynes.

de vente, requérir inscription de son hypothèque judiciaire sur l'immeuble vendu ».

Mais en ce qui concerne le jugement de divorce, on s'est demandé si l'inopposabilité protégeait les tiers contre tous ses effets ou seulement contre ses conséquences pécuniaires. Un arrêt de la Cour de Paris, du 27 décembre 1922 (71), a admis que « le défaut de transcription empêche le jugement de divorce de produire effet à l'égard des tiers, non seulement en ce qui concerne les biens, mais aussi quant aux rapports extra-patrimoniaux avec les époux ». Cette solution a été critiquée par toute la Doctrine (72), et, pour l'écarter, certains ont invoqué des arguments de texte, malheureusement démentis par les travaux préparatoires de la loi du 26 juin 1919, d'autres ont proposé de restreindre l'inopposabilité aux effets du contrat de mariage. Pour nous, il nous semble qu'il faut tout d'abord rechercher dans quelle mesure les tiers peuvent être lésés par les effets du divorce.

Examinons donc successivement ces effets quant à la personne des époux, quant à leurs intérêts pécuniaires et quant aux enfants (73).

1° Les effets du divorce, au point de vue de la personne des époux, sont les suivants : chacun reprend l'usage de son nom; chacun peut contracter un nouveau mariage, mais seulement après transcription; si les époux veulent se remarier ensemble, une nouvelle célébration sera nécessaire; les époux sont déliés de toute obligation de fidélité, de secours et d'assistance; enfin, le divorce met fin à l'alliance en ce qui concerne l'obligation alimentaire (74). De tous ces effets, seul le

(71) D., 1924. 2. 413, note de M. Rouast.

(72) Colin et Capitant, I, p. 234 et s.; Rouast, note précitée; Gaudemet, *Rev. trim.*, 1923, p. 133.

(73) Colin et Capitant, I, p. 235 et s.

(74) Civ., 13 juill. 1891, S., 91. 1. 314; D., 93. 1. 333.

dernier est susceptible d'intéresser des tiers, les créanciers d'aliments. Encore peut-on dire qu'il s'agit là d'une conséquence pécuniaire du mariage; aussi, que l'on admette que l'article 252 ne concerne que les effets pécuniaires du divorce ou qu'il se rapporte aussi aux effets extra-patrimoniaux, il faut dire que les bénéficiaires de l'obligation alimentaire pourront se prévaloir du défaut de transcription du jugement. Y a-t-il quelque inconvénient à adopter cette solution ? On a fait remarquer qu'elle est en contradiction avec le fait que la femme divorcée elle-même n'a plus droit à l'exécution de cette obligation, et surtout avec la disparition du lien personnel d'alliance qui est à la base de l'obligation alimentaire. Mais dans toute cette matière des inopposabilités, ne voyons-nous justement pas les tiers avoir des droits dont ne jouissent pas les parties ?

2° Les effets du divorce au point de vue des intérêts pécuniaires des époux sont : la perte des avantages matrimoniaux, la perte du droit de succession, la dissolution et la liquidation du régime matrimonial. Peut-on considérer que les deux premiers effets nuisent aux tiers ? Peut-on par exemple concevoir, si l'un des époux meurt entre le divorce et sa transcription, que son conjoint reste héritier à l'égard des tiers sans l'être à l'égard des successibles du prémourant ? On se trouverait en face d'une situation analogue à celle qui se présente en matière d'inopposabilité pour fraude, lorsque les créanciers d'un héritier ont fait tomber sa renonciation : vis-à-vis de ses créanciers, le débiteur est héritier, vis-à-vis des autres successibles, il a perdu tout droit à l'hérédité; les créanciers peuvent alors se payer sur la part de leur débiteur, sauf recours contre lui de ses cohéritiers ou des héritiers du degré subséquent (75). Une

(75) Cf. *infra*, p. 196 à 198.

telle situation n'a donc rien d'antijuridique, et l'on pourrait concevoir qu'un créancier, ayant fait crédit à l'époux divorcé en le croyant toujours marié et héritier du conjoint prédécédé, veuille invoquer le défaut de transcription du divorce pour saisir dans l'hérédité ce qui serait revenu à son débiteur. Pourrait-on repousser sa demande ? Il nous semble que non, sauf si l'on admet avec M. Rouast que l'inopposabilité ne s'applique qu'aux effets du contrat de mariage, et non du mariage lui-même.

Quant à la dernière conséquence du divorce, dissolution et liquidation du régime matrimonial, elle comporte trois effets : la séparation des différents patrimoines, la disparition des droits du mari sur la communauté et les propres de la femme, la suppression de l'incapacité de la femme. C'est ici que nous voyons vraiment apparaître pour les tiers un intérêt à invoquer la survivance des effets du mariage. C'est que, grâce à l'inopposabilité, les différents patrimoines continueront à l'égard des tiers à être soumis aux mêmes règles qu'avant le divorce, et les biens advenus aux époux tomberont dans l'un ou dans l'autre selon les principes qui auraient présidé à leur dévolution pendant le mariage ; en second lieu, le mari conservera vis-à-vis des tiers ses droits sur les biens communs et les propres de la femme ; mais les tiers n'auront pas grand intérêt à se prévaloir de l'inopposabilité, car si les actes passés par le mari nuisent à la femme, celle-ci pourra les faire tomber pour fraude (76). Quant à l'incapacité de la femme, comme elle est édictée dans l'intérêt des époux et non des tiers, ceux-ci ne pourraient l'invoquer pour faire annuler les actes qu'ils ont passés avec la femme ; seuls, les époux pourraient s'en prévaloir, mais ils ne peuvent opposer aux tiers le défaut de

(76) Cf. chapitre IV, *Inopposabilités pour fraude*.

transcription et n'ont à leur égard que les droits de personnes divorcées. *Ni les époux ni les tiers ne peuvent donc invoquer l'incapacité de la femme : elle a disparu dès le divorce et avant toute transcription* (77).

3° Enfin, au point de vue des enfants, les effets du divorce consistent en ceci : les enfants qui naîtront ne seront plus légitimes; la puissance paternelle n'est pas modifiée, mais la garde des enfants est confiée, en principe, à l'époux qui a obtenu le divorce; l'administration légale passe à l'époux qui reçoit la garde; le droit de jouissance cesse d'appartenir au conjoint contre lequel le divorce a été prononcé.

La question de la garde n'intéresse pas les tiers, mais il n'en est pas de même des autres effets. En ce qui concerne l'administration légale, si entre le jugement de divorce et sa transcription un tiers a traité avec le père, relativement à un bien de l'enfant, alors que ce dernier est sous la garde de sa mère, il nous semble bien que ce tiers peut se prévaloir de l'inopposabilité du jugement pour faire respecter le contrat passé. Pour ce qui est ensuite du droit de jouissance légale, la solution sera la même : les créanciers du père, aux torts duquel le divorce a été prononcé, n'en pourront pas moins, tant que la transcription n'a pas été effectuée, saisir les revenus des biens de l'enfant, puisque, à leurs yeux, le droit de jouissance n'a pas encore passé à la mère. Cette solution résulte également de ce que nous avons dit plus haut sur la survivance des règles régissant les dif-

(77) Néanmoins, grâce à l'inopposabilité, les choses se passeront souvent en pratique comme si la femme était encore incapable, ses actes ne pouvant nuire aux tiers. Si l'on suppose, par exemple, deux actes incompatibles passés sans fraude, l'un par le mari, l'autre par la femme, sur les propres de cette dernière, les ayants cause du mari primeront ceux de la femme, puisqu'ils peuvent se prévaloir de l'inopposabilité *erga omnes*.

férents patrimoines : les revenus des biens des enfants seront dévolus vis-à-vis des tiers et jusqu'à la transcription de la même façon que pendant le mariage.

Reste enfin la question de la légitimité. C'est elle qui se posait dans l'affaire soumise à la Cour de Paris le 27 décembre 1922 (78) : un enfant était né d'un homme divorcé et d'une autre femme que son ancienne épouse après que le jugement fût devenu définitif et avant sa transcription. La mère exerça au nom de son fils une action en recherche de paternité, mais le père invoqua le défaut de transcription et soutint que l'enfant était adultérin. La Cour de Paris lui donna raison et repoussa la demande de la mère. Or son arrêt contient une double erreur de raisonnement : d'une part, la Cour a reconnu au père le droit de se prévaloir du défaut de publicité, alors que ce droit, nous l'avons vu, est réservé aux tiers; c'est là une conséquence de la fausse conception de cet arrêt, d'après laquelle, même depuis la loi de 1919, c'est la transcription, et non le jugement de divorce, qui dénoue le lien conjugal. Et, d'autre part, la Cour a eu tort de faire application de la loi de 1919 à des faits qui lui étaient antérieurs; mais ces deux erreurs se détruisant, la solution admise par la Cour est pratiquement exacte.

Il faut donc se demander si des tiers peuvent invoquer le défaut de transcription soit pour faire déclarer un enfant adultérin à leur égard dans une semblable hypothèse, soit pour faire considérer comme légitime un enfant de la femme né entre le divorce et la transcription, et non désavoué par le mari. Il faut se rappeler que ces tiers sont seulement les ayants cause à titre particulier des conjoints et leurs créanciers. Où est leur intérêt à faire tenir pour légi-

(78) D., 1924. 2. 113, note de M. Rouast.

time un enfant qui ne l'est pas ? Nous ne l'apercevons point. Quant à leur intérêt à faire considérer un enfant naturel comme adultérin, on pourrait le trouver en matière de succession : s'ils sont donataires ou légataires, ils pourraient écarter l'enfant de l'hérédité, et par là échapper à l'action en réduction. C'est une hypothèse semblable à celle que nous avons rencontrée en matière d'adoption, et nous avons dit que les donataires et légataires n'étaient pas recevables à se prévaloir du défaut de transcription du jugement, car c'est de l'adoption elle-même, et non de l'absence de publicité, que souffrent ces ayants cause. En notre matière, il en est de même : c'est la présence d'un héritier qui porte préjudice aux donataires et aux légataires, ce n'est pas le défaut de transcription du divorce : l'accomplissement de la publicité n'aurait en rien amélioré leur sort, son absence ne saurait donc l'empirer. Ici encore, par conséquent, les tiers ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription

Notre conclusion sera donc la suivante : *les effets extra-patrimoniaux du divorce, par leur nature même, ne sont pas susceptibles de nuire aux tiers, et pour eux la question ne se pose pas.* Quant aux effets pécuniaires, les seuls qui intéressent les tiers sont la disparition de l'obligation alimentaire, la suppression du droit de succession, l'abolition des règles gouvernant les différents patrimoines, et la cessation, dans certains cas, du droit de jouissance et de l'administration légale du père ; or, l'inopposabilité protège les tiers contre ces différentes conséquences du divorce. En cette matière également, elle a donc une portée absolue et elle met les tiers à l'abri de tous les effets nuisibles de l'acte non publié.

Il y a cependant des exceptions au principe que les tiers sont protégés par l'inopposabilité contre tous les effets qui leur portent préjudice. Il en est ainsi en ce qui concerne les articles 311, 1391 et 1690 du Code civil.

En matière de cessation de séparation de corps, la réconciliation entraîne le rétablissement de l'état de choses antérieur et ne laisse subsister que le régime de séparation de biens : la femme voit restreindre sa capacité, les déchéances pécuniaires disparaissent (79), l'administration légale des biens des enfants est restituée au père, s'il en avait été privé. Or, l'article 311 ne permet aux tiers que de repousser la modification subie par la capacité de la femme, les autres conséquences de la réconciliation leur sont opposables de plein droit. Il y a donc bien là une limitation des effets de l'inopposabilité, limitation qui n'a d'ailleurs pas été reproduite pour l'Alsace-Lorraine par l'article 34 de la loi du 1^{er} juin 1924.

Une autre exception au principe que l'inopposabilité doit protéger les tiers contre tous les effets de l'acte non publié se rencontre en matière de contrat de mariage. L'article 1391 précise, en effet, que les tiers ne sont garantis que contre les clauses augmentant l'incapacité dont, de droit commun, est frappée la femme, c'est-à-dire que contre les clauses de dotalité; toutes les autres stipulations du contrat sont opposables aux tiers, et ceux-ci ne seraient pas autorisés à considérer les époux comme mariés sous le régime

(79) Tout au moins en ce qui concerne les droits de succession, les libéralités testamentaires et les donations entre vifs faites pendant le mariage (Cf. la note de M. de Loynes au D., 1893. 2. 281); au contraire, les donations faites par contrat de mariage ne revivent que lorsque le régime matrimonial créé par ce contrat est rétabli (Dembombe, IV, n° 544; Aubry et Rau, VII, § 487, texte et note 8 bis).

de communauté (80). Il n'y a donc là qu'une inopposabilité partielle du contrat, mais les tiers ne peuvent, dit-on, se plaindre d'une lacune ou d'une injustice : ils devaient bien avoir quelque soupçon de l'existence d'un contrat et n'avaient qu'à se mettre à l'abri de cette éventualité en exigeant à la fois la signature du mari et celle de la femme; ce n'est qu'en cas de dotalité que cette protection est insuffisante, et c'est pourquoi la loi est intervenue. Néanmoins, les rédacteurs de la loi du 1^{er} juin 1924 n'ont pas cru devoir reproduire cette restriction, et l'article 34 de cette loi dispose : « Tant qu'ils restent domiciliés dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, les époux qui n'ont pas satisfait à l'obligation d'inscrire un extrait de leur contrat de mariage (au registre matrimonial) sont, à l'égard des tiers de bonne foi, réputés mariés sous le régime de la communauté légale, nonobstant toute mention faite dans l'acte de mariage d'un contrat de mariage. » Et, en Belgique également, l'article 76 du Code civil, modifié par la loi du 16 décembre 1831, sanctionne de l'inopposabilité aux tiers des clauses dérogatoires au droit commun, lorsque la date des conventions matrimoniales et l'indication du notaire qui les a reçues ne figurent pas dans l'acte de mariage.

Enfin l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1690 apporte une troisième exception à la règle que nous avons indiquée. Lorsque la cession de créance n'est pas signifiée au débiteur, ou acceptée par lui dans un acte authentique, un créancier chirographaire du cédant peut faire saisie-arrest entre les mains du débiteur. C'est là une conséquence de l'inopposabilité; mais alors que la cession postérieurement signifiée ou acceptée ne devrait avoir aucun effet vis-

(80) Aubry et Rau, VII, § 503, p. 501; Moeneclaey, p. 69; Juille, p. 113; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 71, p. 92.

à-vis du saisissant, la Jurisprudence admet que le cessionnaire viendra en concours avec lui; elle le considère, en effet, comme créancier du cédant par suite de la cession, opérée *inter partes* par le seul consentement, et, de plus, comme créancier saisissant, car la signification de la cession équivaut, dit-on, à une saisie-arrêt. Or, comme il n'y a pas de privilège du premier saisissant, il faut bien admettre que le créancier chirographaire subira le concours du cessionnaire (81).

Ce raisonnement ne nous convainc pas : *le cessionnaire est bien créancier du cédant, mais son titre est inopposable aux tiers* : puisqu'il résulte de la cession, il ne peut avoir plus d'effet qu'elle-même. Par suite, quoique le premier saisissant n'ait pas de privilège, le cessionnaire ne pourra venir en concours avec lui. La Jurisprudence apporte ici aux effets de l'inopposabilité une limitation que rien ne justifie et ouvre ainsi la porte à toutes les fraudes.

B. — *Mais l'acte non publié peut profiter au tiers bénéficiaire de l'inopposabilité* (82).

C'est que, comme nous le verrons plus loin, les tiers peuvent toujours renoncer à l'inopposabilité, institution établie dans leur seul intérêt privé; l'acte devient alors pleinement valable vis-à-vis du tiers qui a renoncé à l'attaquer, et ce tiers pourra l'invoquer en sa faveur. On verra ainsi les tiers se prévaloir : tantôt du jugement de divorce, tantôt de son absence de transcription; tantôt du contrat de ma-

(81) Nous n'avons pas à examiner les quelque vingt systèmes relatifs au mode de répartition de la créance entre les intéressés. Cf. sur ce point : Aubry et Rau, V, § 339 *bis*, texte et note 44; Colin et Capitant, II, p. 130-131.

(82) Juille, p. 93; Rouast, note au D., 1924. 2. 113.

riage, tantôt de la contre-lettre; tantôt de la séparation de corps ou de biens, tantôt du rétablissement de la communauté, etc.

Certes, il pourra en résulter pour les parties quelque inconvénient, d'autant plus que le parti adopté par le tiers n'engage que lui et que les autres restent absolument libres d'agir selon leur intérêt. Mais les parties peuvent facilement éviter les désavantages d'une telle situation : il leur suffira de hâter l'accomplissement des formalités de publicité de façon à donner au moins de personnes possible le droit d'invoquer leur absence. Et il faut noter, d'autre part, qu'un tiers ne pourrait prendre sans contradiction deux attitudes différentes et se prévaloir tantôt de l'acte lui-même, tantôt de son inopposabilité; il faut qu'il choisisse : sa renonciation est indivisible et l'oblige à subir toutes les conséquences de l'acte, et non pas seulement celles qui lui sont favorables.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

Puisque la publicité n'est établie que dans l'intérêt des tiers et pour rendre un acte efficace à leur égard, elle n'a, en principe, rien à voir dans les rapports des parties entre elles, quoiqu'il faille la considérer comme un élément intégrant de l'acte, lui conférant son maximum d'efficacité.

Il en résulte que son absence laisse subsister l'acte dans son intégralité à l'encontre de tous autres que le critiquant et ses ayants cause et qu'*inter partes* tout se passera comme s'il n'y avait pas d'inopposabilité. C'est ainsi que, malgré l'absence des formalités prescrites par la loi pour leur publicité, seront parfaitement valables entre les parties les

donations (83), les contre-lettres ajoutées au contrat de mariage (84-85), les jugements de séparation de biens (86), les cessions de créances (87), les constitutions d'hypothèques (88) ou de gage (89), etc.

En ce qui concerne la transcription, il est de même unanimement admis qu'elle n'a aucun effet *inter partes*, ainsi que le reconnaissent les travaux préparatoires de la loi de 1855 (90). Faisant application de cette idée, un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 février 1923 (91) a décidé que le vendeur d'un immeuble ne peut se refuser à effectuer la délivrance que lui impose l'article 1603, sous prétexte qu'il a consenti ultérieurement une seconde vente et que celle-ci a été transcrite la première.

Mais si tel est le principe, si en théorie la publicité et l'inopposabilité n'influent pas sur les rapports des parties entre elles, en pratique il n'en est pas toujours ainsi. Si l'acquéreur ou le donataire d'un immeuble, par exemple, se le voient enlever par un tiers qui invoque le défaut de transcription de leur titre, il est indéniable que l'inopposabilité rejaillira d'une façon essentielle sur les rapports *inter partes*; de même si le cessionnaire d'une créance se voit ôter le bénéfice de l'opération parce qu'un autre cessionnaire a signifié avant lui, il est bien certain qu'ici aussi

(83) Aubry et Rau, XI, § 704, p. 320.

(84-85) Toullier, XII, n° 69, p. 104; Laurent, XXI, n° 102.

(86) Cass., 10 mai 1873, S., 73. 1. 292.

(87) Paris, 7 déc. 1901, S., 03. 2. 183, note de M. Wahl; Bordeaux, 31 mai 1911, *Gaz. Pal.*, 11. 2. 328.

(88) Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, n° 757, p. 708; Giovene, n° 88, p. 410 et s.

(89) Aubry et Rau, VI, § 432, p. 256.

(90) Rapport de M. Debelleyne, D., 1833. 4. 30; Cf. Aubry et Rau, II, § 209, texte et note 85; Garsonnet, *Rev. prat. de droit*, 1871, p. 244 et s.

(91) *Gaz. Pal.*, 1923. 2. 66.

l'inopposabilité se répercute sur les rapports des parties. Que devient alors l'acte ? Deux hypothèses peuvent se présenter.

A. — *L'acte subsiste et c'est seulement son exécution qui est entravée.*

L'obstacle total ou partiel qu'apporte l'inopposabilité à la pleine efficacité de l'acte va-t-il permettre à celui qui en souffre d'obtenir une indemnité ? Dans deux cas, en matière de substitution et de révocation de mandat, la loi a expressément accordé un recours aux appelés et au mandant (92). Mais que décider dans les autres hypothèses ?

Supposons, tout d'abord, qu'il s'agisse d'un acte tel qu'une donation, une cession de créance, une vente ou tout autre acte soumis à transcription par la loi de 1855. Comment les choses vont-elles se passer ? Si l'inopposabilité est invoquée avant exécution de l'acte, elle met obstacle au droit du cocontractant d'obtenir l'accomplissement en nature de la prestation qui lui est due. Mais l'exécution en nature est toujours possible dans la mesure où elle ne nuit pas au tiers puisque l'inopposabilité ne joue alors pas ; et il en sera ainsi également si pour un motif quelconque le vendeur rentre en possession du bien qu'il devait livrer (93). Si l'exécution en nature est impossible en tout ou en partie, l'acquéreur pourra exiger une prestation en équivalent et même des dommages-intérêts. Si c'est après exécution de l'acte qu'est exercée l'inopposabilité, elle aboutit à une éviction. En matière d'actes à titre onéreux, faudra-t-il alors admettre une action en garantie comme dans les autres cas où un acquéreur est dépouillé de son bien, et s'il

(92) Art. 1070 et 2008.

(93) Japiot, p. 516, note 4.

s'agit d'actes à titre gratuit, faudra-t-il rejeter l'obligation de garantie selon le droit commun ou en imposer exceptionnellement une au donateur ?

Cela dépend de la question suivante : à laquelle des deux parties est due l'éviction ? En général, elle tiendra à la faute de l'acquéreur : s'il se voit enlever le bénéfice de l'opération, c'est par suite du défaut de publicité ; or, c'est à lui qu'incombe l'accomplissement des formalités légales ; s'il est évincé, c'est qu'il s'est rendu coupable de négligence et sa faute doit retomber sur lui : *de se queri debet*. A notre avis, il faudra donc, tant en matière d'actes à titre onéreux qu'en matière d'actes à titre gratuit, refuser toute action en garantie à l'acquéreur, si, toutefois, on ne peut rien reprocher à son cocontractant ; il en sera ainsi, par exemple, si c'est un créancier du vendeur, du donateur ou du cédant qui, profitant du défaut de publicité, saisit dans le patrimoine de l'acquéreur le bien transmis.

Mais l'aliénateur n'est pas toujours exempt de reproches. L'éviction peut tenir à ce qu'il s'est dépouillé une seconde fois en faveur d'une autre personne ; sachant pertinemment que les deux actes ne pourront recevoir cumulativement exécution, il commet une faute engageant sa responsabilité, car il est bien certain que la publicité n'a pas été édictée en sa faveur pour lui permettre de disposer à plusieurs reprises du même bien. Dans ces conditions, sur qui doit retomber le préjudice ? Sur l'acquéreur qui n'a pas transcrit, ou sur l'aliénateur peu scrupuleux qui s'est dépouillé une seconde fois et qui trouve peut-être rémunérateur de se défaire à plusieurs reprises de la même chose, s'enrichissant ainsi aux dépens de ses cocontractants frustrés ? Il nous semble qu'alors un recours en garantie s'impose, tant pour les actes à titre onéreux que pour les libéralités, et la

Jurisprudence accorde, en effet, une action au donataire dans les hypothèses où l'éviction résulte d'un second acte passé par le donateur et paralysant en tout ou en partie les effets de la libéralité (94).

Mais si le vendeur, le donateur ou le cédant ne doivent être tenus d'aucune obligation de garantie lorsqu'ils ne sont pas personnellement responsables de l'éviction, leurs créanciers n'en ont pas moins été désintéressés sans qu'il leur en coûtât rien puisqu'ils ont touché le prix fixé. Il y a donc eu de la part de l'acquéreur un paiement pour autrui, tout à fait involontaire il est vrai, mais qui ne doit pas moins lui conférer un recours, à défaut d'action en garantie : si à l'égard des créanciers invoquant l'inopposabilité les biens sur lesquels ils se sont payés appartenaient toujours à leur débiteur, entre les parties la transmission était irrévocable et l'acquéreur propriétaire définitif; à l'égard de l'aliénateur, ce sont donc réellement des biens appartenant à autrui qui ont servi à payer ses créanciers.

Pour nous donc, quand l'éviction est due au fait d'un créancier de l'aliénateur, l'acquéreur aura droit à une action en indemnité fondée sur un paiement pour autrui; si, au contraire, l'éviction est due à la passation d'un second acte, l'acquéreur aura une action en garantie. Et il en sera ainsi tant en matière de libéralités qu'en matière d'actes à titre onéreux.

Si, au lieu d'un acte translatif de propriété, nous envisageons maintenant le cas de constitution de gage ou d'hypothèque, nous ne retrouvons plus les deux actions précédentes : l'idée de faute consistant à n'avoir pas opéré la publicité conduit à exclure tout recours de la part du créancier :

(94) Montpellier, 4 juin 1888, D., 86. 2. 126; Grenoble, 11 mars 1870, D., 72. 5. 148; Cf. Aubry et Rau, XI, § 705, p. 336-337.

tant pis pour lui si son gage ou son hypothèque ne sont pas opposables aux tiers, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. Enfin, dans l'hypothèse de l'article 1391, l'idée de préjudice tenant à un fait personnel conduit encore à refuser toute action à la femme; si les clauses de dotalité ne la protègent plus, ce n'est pas seulement qu'elle s'est abstenue de déclarer son contrat de mariage à l'officier de l'état civil, c'est aussi qu'elle a volontairement conclu des contrats, engageant ainsi ses biens dotaux.

B. — *L'acte lui-même tombe.*

Le cocontractant qui, par suite de l'inopposabilité, perd en tout ou en partie le bénéfice de l'opération est fondé à faire tomber l'acte. Avant son exécution, il invoquera l'exception *non adimpleti contractus* et refusera le paiement du prix en raison du défaut de cause⁽⁹⁵⁾. Après son exécution, c'est une action en résolution qu'il intentera, ce qui lui permettra d'obtenir des dommages-intérêts en plus de la restitution de sa prestation. « Toutefois la partie adverse n'est déliée qu'au cas où l'ayant droit a obtenu la suppression d'un élément de l'acte tel que, si la partie adverse avait su qu'elle en serait privée, elle aurait refusé de contracter. »⁽⁹⁶⁾.

C'est ainsi qu'en matière de sociétés, l'inopposabilité aux tiers d'une clause des statuts non publiée peut avoir effet sur l'existence de la société : « Elle en entraînera la dissolution si des associés auxquels on ne peut imputer l'insuffisance de la publicité prétendent et établissent qu'ils n'ont contracté qu'en raison de l'introduction de cette clause dans

(95) Japiot, p. 516.

(96) Japiot, p. 512, note 1.

les statuts. Supposons une stipulation d'intérêts fixes considérés comme frais généraux au profit des commanditaires; les tiers repoussent la clause qui n'a pas été publiée dans l'extrait et réclament la restitution des sommes touchées, déduction faite de celles qui ont été prélevées sur les bénéfices; les commanditaires obtiendront la dissolution s'ils prouvent que sans ladite stipulation ils n'auraient pas accepté d'entrer dans la société. » (97).

Bien entendu tout ceci ne saurait s'appliquer aux actes relatifs à l'état ou à la capacité, mais uniquement aux actes n'ayant que des effets pécuniaires.

(97) Hémard, n° 498.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

L'inopposabilité pour défaut de publicité peut disparaître de plusieurs façons; la plus normale est l'accomplissement des formalités prescrites par la loi pour rendre l'acte opposable aux tiers. Mais ce n'est pas la seule et il faut y ajouter la renonciation du tiers à se prévaloir de son droit. Enfin, on peut se demander si cette inopposabilité est prescriptible et si elle ne disparaît pas quand l'acte est exécuté.

§ I. — ACCOMPLISSEMENT DE LA PUBLICITÉ.

Certains s'étonneront peut-être que nous indiquions la publicité comme moyen de faire disparaître l'inopposabilité. On dit en effet souvent que l'inopposabilité est la sanction du défaut de publicité, ce qui semble lui donner un caractère de postériorité et peut faire croire que, chronologiquement, elle suit l'inaccomplissement des formalités prescrites par la loi. Il n'en est rien cependant; c'est l'inopposabilité qui précède la publicité. *L'inefficacité dont est frappé l'acte est un vice originaire qui l'affecte dès sa confection et subsiste jusqu'à l'observation des règles légales* : l'acte naît inopposable aux tiers, ou plus exactement il ne naît pas à leur égard et c'est pourquoi il est inefficace par rapport à eux. Il ne faut donc pas dire que l'inopposabilité est la sanction d'une formalité postérieure, la publicité, mais qu'elle disparaît par l'accomplissement de cette

publicité. Comme celle-ci n'a jamais lieu qu'un certain temps après la passation de l'acte, puisqu'*inter partes* le simple consentement suffit, il y a toujours un certain délai pendant lequel l'acte est inopposable aux tiers : on commence par se mettre d'accord, puis on accomplit les formalités légales; *l'inopposabilité est donc l'état nécessaire de tout acte soumis à publicité entre sa naissance inter partes et sa naissance à l'égard des tiers.*

Et si, pour justifier cette idée de vice originaire, il est besoin d'arguments de textes, nous n'en manquons pas; la formule employée par le législateur dans l'article 3 de la loi de 1855 et dans les articles 252, 368, 2134, 2214 du Code civil démontre péremptoirement que l'inopposabilité est un vice originaire, affectant l'acte dès sa naissance et subsistant jusqu'à l'accomplissement des formalités de publicité : .

Loi de 1855, art. 3 : « *Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugement énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.* »

C. civ., art. 252 : « ... Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remontera, quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande. Mais il ne produira effet au regard des tiers *que du jour de la transcription.* »

Art. 368 : « L'adoption n'est opposable aux tiers *qu'à partir de la transcription* du jugement ou de l'arrêt d'homologation. »

Art. 2134 : « Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang *que du jour de l'inscription* prise par le créancier sur les

registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant. »

La règle est donc que l'inopposabilité disparaît par l'accomplissement de la publicité. Mais comment et quand cette publicité doit-elle être faite? La loi précise toujours quelles sont les formalités à accomplir : inscription, transcription, signification, acceptation par acte authentique, notification, etc... Mais la Jurisprudence n'interprète pas le mot notification d'une façon stricte; elle considère que notifier, c'est porter à la connaissance d'une façon quelconque; aussi, alors que dans les autres cas elle s'en tient strictement aux formalités légales, lorsqu'un texte parle de notification, elle admet au contraire que celle-ci peut être faite par tous moyens. On en arrive ainsi à dire qu'il y a, d'après la Jurisprudence, des cas où la loi organise la publicité, d'autres où elle ne l'organise pas. D'où deux subdivisions, dans chacune desquelles nous rechercherons comment et quand faire la publicité.

A. — *Cas où la loi organise la publicité.*

1° COMMENT FAIRE LA PUBLICITÉ. — La disparition de l'inopposabilité résultera de la preuve que les formalités exigées par la loi ont été accomplies. Cette démonstration est suffisante et il n'y aura pas besoin d'y ajouter la preuve que les tiers ont eu réellement connaissance de l'acte : cette connaissance est présumée par la loi du moment que ses prescriptions ont été observées. Tout se ramène donc ici à une question de forme, et, partant, la preuve contraire est interdite aux tiers (98).

(98) Giovene, n° 58, p. 256-257; n° 71, p. 310.

Mais si cette publicité est suffisante, est-elle aussi nécessaire? En d'autres termes, quand la loi prescrit une formalité, est-il indispensable de l'accomplir pour éviter l'inopposabilité ou peut-on la remplacer, soit par une autre formalité, soit par la preuve de la connaissance réelle du tiers?

a) *Remplacement d'une formalité par une autre.* — Dans un cas déterminé peut-on remplacer la formalité prévue par la loi par une autre formalité qu'elle institue dans un autre cas? La réponse doit être négative : « Toutes les formalités établies dans l'intérêt des tiers, précisément parce qu'elles visent à la protection d'un intérêt hautement social, rentrent dans les règles de droit privé d'ordre public et, partant, ne peuvent recevoir de dérogation par la volonté privée, de telle sorte qu'il ne serait pas possible, en leur absence, de parler d'équipollents ou de connaissance de l'acte acquise par le tiers d'une façon quelconque; ainsi, la formalité de l'inscription pour l'hypothèque ne pourrait être remplacée par une notification à un tiers. » (99).

Il y a peu de cas où la question ait été soulevée devant les tribunaux. Cependant, en matière de contrat de mariage, le problème a été posé dans une affaire soumise à la Cour de Liège le 28 février 1837 (100) : Dans un acte de mariage, on avait omis d'indiquer l'existence d'un contrat et, pour y remédier, les époux procédèrent à une signification à l'officier de l'état civil, précisant que « la présente signification était faite pour réparer l'omission qui s'était glissée dans l'acte de mariage intervenu entre le requérant et Joséphine P... et pour que ce contrat pût produire à l'avenir, vis-à-vis des tiers, les effets à lui assu-

(99) Giovène, n° 38, p. 237; Cf. Aubry et Rau, I, § 36, p. 178.

(100) *Pasicrisie*, 1838. 2. 43.

rés par la loi du 16 décembre 1830. » La Cour de Liège déclara cette signification inopérante, attendu qu'elle ne pouvait suppléer aux formalités prescrites par cette loi. En France, un arrêt récent de la Cour de Paris (101) a statué sur la question de la transcription : une société immobilière d'habitations à bon marché, à qui ses statuts réservaient un droit de rachat sur les lots attribués à ses sociétaires, n'avait pas expressément fait figurer ce droit dans les actes d'attribution, ceux-ci conférant aux acquéreurs « pleine propriété et jouissance du terrain » et renvoyant simplement aux statuts. La Cour décida que la société ne pouvait se prévaloir de la publicité de ses statuts pour opposer aux tiers son droit de rachat, cette publicité ne pouvant suppléer à la transcription dont il aurait dû être l'objet (102).

Cependant la question a été extrêmement discutée en ce qui concerne la cession de créance pour laquelle l'article 1690 prévoit deux modes de publicité : sa signification au débiteur ou l'acceptation de ce dernier par acte authentique. Pour ce qui est de la première formalité, on admet comme dans les autres cas qu'aucun équipollent n'est possible (103). Mais on s'est demandé si le débiteur pouvait accepter autrement que par acte authentique (par acte sous seing privé ou même verbalement), et l'on a décidé que si à défaut d'acte authentique le cessionnaire n'est pas saisi vis-à-vis des tiers, le débiteur, au contraire,

(101) Paris, 9 févr. 1926, *Gaz. Pal.*, 26. 1. 534, concl. de M. l'Avocat général Dumas.

(102) Cf., pour une notification à la place d'une transcription : Civ., 3 juill. 1882, S., 84. 1. 115.

(103) Aubry et Rau, V, § 359 bis, note 2 bis; Wahl, note au S., 1908. 2. 183. — *Contra*, Toulouse, 20 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 1888. 2. 277; Seine, 10 févr. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 223.

est engagé envers lui par une acceptation quelconque, l'article 1690 ne limitant la capacité de s'obliger de personne (104).

En matière de constitution de gage, l'accord n'est pas encore réalisé. L'article 2073 prescrit la signification de l'acte et un certain nombre d'auteurs, ainsi que quelques arrêts anciens, admettent en conséquence que c'est là une formalité absolument indispensable pour l'efficacité du gage à l'égard des tiers (105); d'autres au contraire soutiennent que cette signification peut être remplacée par l'acceptation du débiteur dans un acte authentique, comme le prévoit l'article 1690 (106).

b) *Remplacement d'une formalité par la preuve de la connaissance réelle du tiers.* — La connaissance personnelle qu'a eue le tiers de l'acte non publié met-elle obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir du défaut de publicité ? Au point de vue d'une législation uniquement fondée sur l'équité, la solution affirmative ne saurait faire doute : la publicité est faite pour instruire ceux qui ne savent pas et non ceux qui savent. Mais permettre la preuve de la connaissance réelle ne va pas sans les plus graves inconvénients : la protection de ceux qui ont publié leur droit risque de perdre toute sa force et son utilité s'il est possible d'engager des procès sur la connaissance personnelle des tiers; si on peut l'invoquer dans tous les conflits, à quoi

(104) Aubry et Rau, *ibid.*, texte et notes 9 et 10, et les autorités citées; Campion, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1909, p. 71 et s.; Req., 6 févr. 1878, S., 78. 1. 168.

(105) Baudry-Lacantinerie, III, n° 1025; Besançon, 21 nov. 1868, et Req., 11 août 1869, D., 70. 1. 81; Paris, 18 août 1881, S., 82. 2. 25, note de M. Lyon-Caen.

(106) Aubry et Rau, *ibid.*, texte et note 15; Colin et Capitant, II, p. 761; Civ., 27 janv. 1908, S., 10. 1. 537, D., 10. 1. 522.

bon la publicité ? Et puisqu'une présomption légale de connaissance pèse sur les tiers après accomplissement des formalités prescrites, à l'inverse ils doivent bénéficier d'une présomption irréfragable d'ignorance tant que ces formalités n'ont pas été observées.

Entre ces deux tendances, le choix se montre particulièrement délicat « car c'est en somme une des phases de la lutte du droit moderne, qui est formaliste en vue d'éviter les procès, et des règles de justice dont l'application est théoriquement excellente, mais peut susciter d'interminables discussions judiciaires. » (107). La Doctrine et la Jurisprudence, ainsi que nous allons le voir, se sont prononcées dans le sens du formalisme, et c'est la conséquence logique du but de la publicité : étant destinée à assurer l'efficacité d'un acte vis-à-vis des tiers, son absence doit avoir automatiquement pour résultat l'inefficacité de cet acte.

Il y a tout d'abord un cas, celui des substitutions, qui ne saurait soulever aucune difficulté, l'article 1071 déclarant expressément : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription. » En dehors de ce cas, le seul que la loi ait envisagé, il en est un second qui ne saurait faire doute : les règles relatives à la publicité ne peuvent protéger un tiers qui s'entend frauduleusement avec une des parties pour profiter de l'absence de publicité et bénéficier de l'inopposabilité : Doctrine et Jurisprudence admettent unanimement que la fraude fait exception aux règles de publicité comme

(107) Demogue, *Rev. trim.*, 1903, p. 395.

à toutes les autres (108-109). C'est à peine si l'on peut citer en Italie Giovene (110) qui rejette ce principe.

Mais en dehors des cas de fraude, la Doctrine et la Jurisprudence proclament l'insuffisance de la connaissance réelle pour mettre obstacle au droit du tiers d'invoquer l'inopposabilité. Il en est ainsi notamment à propos des articles 941 (111), 1397 (112), 2134 et 2166 (113), 2214 (114) et pour la loi de 1855 (115). Les arrêts font cependant exception à cette règle quand c'est par son auteur même que le tiers passant le second acte est averti du premier (116).

(108) Cf. *en matière de transcription* : Planiol, Ripert et Picard, III, *Les Biens*, n° 634; Req., 27 nov. 1893, S., 94. 1. 385, note de M. Lyon-Caen, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 30, avec le rapport de M. le Conseiller Marignan; Req., 29 févr. 1904, S., 04. 1. 216, *Gaz. Pal.*, 04. 1. 527, D., 05. 1. 7; Req., 13 juin 1922, S., 24. 1. 186, D., 22. 1. 180, *Gaz. Pal.*, 22. 2. 280; Civ., 7 déc. 1923, S., 23. 1. 340, *Gaz. Pal.*, 26. 1. 242.

En matière d'hypothèque : Aubry et Rau, III, § 267, p. 484.

En matière de gage : Req., 10 janv. 1903, S., 03. 1. 328.

En matière de cession de créance : Marcadé, VI, art. 1689-1691, n° 1; Aubry et Rau, V, § 359 bis, texte et note 12; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente et échange*, nos 792-793; Req., 17 févr. 1874, S., 73. 1. 399; — Cf. *infra*, p. 93, note 124.

(109) Sur la notion de fraude en cette matière, cf. H. Solus, *Jurisprudence française en matière de droit civil* (*Rev. trim.*, 1922, p. 918).

(110) N° 70, p. 307.

(111) Aubry et Rau, XI, § 704, note 38; — Pau, 29 mars 1871, D., 71. 2. 243; Req., 22 oct. 1889, S., 91. 1. 446.

(112) Debrand, n° 479; Juille, p. 116.

(113) Aubry et Rau, III, § 267, p. 484; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1441; — Civ., 4 févr. 1918, S., 18. 1. 47, *Gaz. Pal.*, 18. 1. 203.

(114) Dijon, sur renvoi, 11 juill. 1889, S., 89. 2. 232.

(115) Aubry et Rau, II, § 209, p. 459; H. Solus, *Rev. trim.*, 1922, p. 918; Planiol, Ripert et Picard, III, *Les Biens*, n° 634; Giovene, n° 70, p. 307; — Civ., 7 déc. 1923, S., 23. 1. 340, *Gaz. Pal.*, 26. 1. 242; — *Contra*, Boissonnade, *Rev. prat.*, XXX, 1870, p. 546.

(116) Lyon, 20 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 82. 2. 46; Lyon, 6 juill. 1883, D. 83. 2. 259; Civ., 17 juill. 1918, D., 18. 1. 71; Alger, 26 juill. 1926, *Gaz. Pal.*, 26. 2. 600; — Cf. Aubry et Rau, II, § 209, note 81.

On peut donc poser en principe que la simple connaissance ne suffit pas à remplacer les formalités prévues par la loi, sauf si elle provient de l'auteur même du tiers qui voudrait se prévaloir de l'absence de publicité. Et c'est aussi ce qui résulte de l'article 1391 qui, en matière de contrat de mariage, sanctionne de l'inopposabilité le défaut de déclaration à l'officier de l'état civil « à moins que dans l'acte qui contiendra son engagement elle (la femme) n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage ». On peut en conclure *a contrario* que la connaissance du contrat, acquise par le tiers d'une autre façon, ne met pas obstacle à son droit d'invoquer le défaut de publicité.

Cependant MM. Planiol, Ripert et Rouast (417) écartent subitement cette règle en ce qui concerne le rétablissement de la communauté et admettent que la connaissance de la réconciliation s'oppose à ce que le tiers repousse l'incapacité de la femme; nous avouons ne pas apercevoir les motifs qui portent ces auteurs à rejeter dans cette hypothèse la règle générale.

Mas il est un cas sur lequel on n'est pas encore parvenu à s'entendre, c'est celui de la cession de créance (art. 1690). Ici, comme la question peut intéresser trois personnes, le cessionnaire, le tiers qui invoque l'inopposabilité et le débiteur cédé, il faut décomposer le problème. Comme le fait remarquer M. Campion (418), dire que la connaissance remplace la publicité, c'est affirmer trois propositions : « 1° Le débiteur cédé informé d'une cession doit se considérer comme le débiteur du cessionnaire et refuser tout paiement au cédant; 2° La connaissance du débiteur cédé doit être regardée comme suffisante pour investir le cessionnaire à

(417) II, *La Famille*, n° 689, p. 581.

(418) P. 83.

l'égard des tiers; 3° Un cessionnaire postérieur de la créance ou les créanciers du cédant ne peuvent plus, dès qu'ils ont connaissance de la cession non signifiée ni acceptée, se prévaloir de l'article 1690. » Comment ces trois questions sont-elles résolues par la Doctrine et la Jurisprudence?

Sur le premier point, la Doctrine maintient la règle générale (119), mais les arrêts se prononcent tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre (120). Quant au second point, la Doctrine, à plus forte raison, n'admet pas que la connaissance du débiteur cédé suffise à saisir le cessionnaire vis-à-vis des tiers, et c'est la conséquence logique de ce que nous avons dit plus haut : si l'acceptation autrement que par acte authentique ne peut investir le cessionnaire, *a fortiori* en est-il ainsi de la simple connaissance du débiteur (121); la Jurisprudence se prononce ici dans le même sens (122). Enfin, quant à la question de savoir si la connaissance acquise par un tiers autre que le débiteur l'empêche de se prévaloir du défaut de signification ou d'acceptation, elle est également résolue négativement par la Doc-

(119) Aubry et Rau, V, § 359 *bis*, p. 203.

(120) Pour l'inefficacité de la connaissance, Req., 17 mars 1840, S., 40. 1. 197; — *Contra* : Bastia, 2 mai 1842, S., 42. 1. 457, et sur pourvoi, Req., 17 août 1844, S., 49. 1. 48; Rouen, 14 juin 1847, D., 49. 2. 241; Orléans, 14 déc. 1886, S., 88. 2. 154. — Dans l'espèce soumise à la Cour de Rouen, la connaissance du débiteur cédé avait été constatée par acte authentique, et, quoique le débiteur ait justement protesté contre la cession, l'arrêt assimile ce cas à celui de l'acceptation par acte authentique.

(121) Aubry et Rau, *ibid.*, note 10; Campion, p. 43.

(122) Lyon, 12 nov. 1900, S., 02. 2. 6; — *Contra* : Rouen, 14 juin 1847, précité, mais par suite de l'assimilation avec l'acceptation par acte authentique.

trine (123), à laquelle la Jurisprudence se rallie le plus souvent (124).

En matière de cession de créance donc, si la Doctrine reste fidèle à la règle générale, certains arrêts, au contraire, ont tendance à admettre la substitution de la connaissance à la publicité. Il y a là une fâcheuse dérogation que rien ne peut justifier, sinon des considérations d'équité qui devraient alors jouer dans toutes les hypothèses. Mais il faut tenir compte de ce que la plupart des arrêts sur la matière sont déjà anciens, et peut-être aujourd'hui la Cour de cassation se prononcerait-elle conformément à la règle générale. Il faut cependant noter que pour l'Alsace-Lorraine, la loi du 1^{er} juin 1924 n'édicte des inopposabilités pour défaut de publicité qu'au profit des tiers de bonne foi.

(123) Aubry et Rau, *ibid.*

(124) En ce sens : Paris, 2 déc. 1843, S., 44. 2. 56; Douai, 11 févr. 1843, S., 43. 2. 375; Civ., 24 déc. 1894, S., 93. 1. 69. En sens contraire, on cite deux arrêts de la Chambre civile, l'un du 4 janvier 1848 (S., 48. 1. 103), l'autre du 7 juillet 1897 (S., 98. 1. 113, rapport de M. Crépont, note de M. Wahl). Dans ce dernier arrêt, rendu dans la même espèce que celui du 24 décembre 1894, la Cour déclare que le second cessionnaire a eu une « connaissance spéciale et personnelle » de la première cession et que, par conséquent, il ne saurait avoir été de bonne foi; d'où l'on a conclu que, seuls, les tiers de bonne foi peuvent se prévaloir de l'article 1690. Mais cette interprétation est erronée, car la Cour suprême prend bien soin de préciser que le second cessionnaire « n'a pas seulement connu la cession de fermages..., mais qu'il en a eu connaissance spéciale et personnelle ». En faisant cette distinction, en employant ces termes et en parlant de mauvaise foi, la Cour vise tout simplement la fraude et ne fait en cela que suivre le rapport de M. le Conseiller Crépont : celui-ci, après avoir, avec Aubry et Rau, fait la distinction de la simple connaissance et de la mauvaise foi, emploie indifféremment ce dernier terme et celui de fraude (p. 117, 3^e col.), réfute l'opinion de Huc, qui, lui, distingue soigneusement et conclut enfin : « En quoi de pareils agissements permettent-ils de distinguer la mauvaise foi de la fraude ? Ne participent-ils pas de l'un et de l'autre ? » Et il semble que ce soit également la fraude et non la simple connaissance qu'a

2° A QUEL MOMENT FAIRE LA PUBLICITÉ? — En examinant les différents textes qui prescrivent la publicité et la sanctionnent d'une inopposabilité, on s'aperçoit qu'en règle générale ils ne fixent aucun délai pour l'effectuer. Il faut en conclure que *les parties sont libres de l'accomplir au moment choisi par elles* (125). Mais, par application du principe de respect des droits acquis, lorsqu'un tiers est devenu titulaire d'un droit incompatible avec celui qui n'a pas été publié, l'accomplissement postérieur des formalités légales ne peut le priver du bénéfice de l'inopposabilité : l'acte ne lui étant pas opposable quand il est devenu titulaire de ce droit, il peut l'écarter définitivement. Le retard apporté dans l'exécution des formalités légales équivaut à son égard à l'absence totale de publicité.

Mais le principe que les parties peuvent effectuer la publicité quand elles le veulent comporte quelques exceptions que l'on peut ranger en trois catégories :

a. D'une part, on trouve en effet des cas où, par sa nature, la publicité ne peut être effectuée qu'à un moment précis; c'est ainsi qu'en matière de contrat de mariage, elle ne peut avoir lieu qu'au moment de la rédaction de l'acte de célébration (126); de même pour les contre-lettres adjointes au contrat de mariage, dont la rédaction doit avoir

prise en considération l'arrêt du 4 janv. 1848, le second cessionnaire étant intéressé aux opérations qui avaient donné lieu à la première cession.

(125) Cf. Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 781.

(126) Il faut cependant remarquer que la loi a institué une procédure spéciale pour la rectification des actes d'état civil (art. 99) et qu'ainsi les parties pourront rendre l'acte opposable aux tiers même après la célébration du mariage. La loi du 21 juin 1907, modifiant l'article 76, a même reconnu au Procureur de la République le droit de faire rectifier l'acte de mariage dans lequel la déclaration aurait été omise ou erronée.

lieu à la suite du contrat et qui doivent être transcrites à la suite de la copie, c'est seulement au moment de leur rédaction et de leur transcription que la publicité peut être accomplie.

β. En second lieu, il est des cas où la loi a fixé un délai pour effectuer la publicité. Dans les uns, l'inobservation de ce délai est sans influence sur l'efficacité de l'acte et n'entraîne qu'une peine pécuniaire (art. 252, 368). Dans les autres, au contraire, la question de délai joue bien un rôle dans l'efficacité de l'acte, mais pas toujours dans le même sens. Il est des hypothèses, en effet, où le délai est établi au profit des parties et non en faveur des tiers, et où la loi attache un *effet rétroactif* à la publicité opérée dans le délai fixé, de telle sorte que l'acte sera efficace *erga omnes* à partir de sa passation; c'est ainsi que lorsque le privilège du copartageant est inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation, il prime les hypothèques inscrites durant ce délai (art. 2109); de même, le privilège du vendeur ou du copartageant, inscrit dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, s'impose à ceux qui ont fait transcrire leur titre dans ce délai (loi de 1855, art. 6); de même encore, l'hypothèque légale de la femme ou du mineur, inscrite dans l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage, produit un effet rétroactif (loi de 1855, art. 8); enfin, les créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines et font inscrire leur privilège dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession priment les hypothèques inscrites depuis cette date. Si la publicité n'est pas opérée dans le délai fixé, elle peut cependant être valablement faite après, mais elle n'aura aucun effet rétroactif; on dit alors sou-

vent que les privilèges dégénèrent en hypothèques. Ces cas sont donc bien des exceptions à la règle qu'il n'y a pas de délai pour effectuer la publicité, mais non au principe que les parties peuvent accomplir les formalités légales quand il leur plaît.

A l'inverse, il est des cas où la loi établit un délai, mais cette fois à l'encontre des parties et au profit des tiers. L'un est celui de l'hypothèque constituée avant la période suspecte, mais inscrite pendant; l'article 448 du Code de commerce déclare alors, dans son alinéa 2 : « Les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. » (127). Un second cas se rencontre en matière de séparation de biens : d'après l'article 1443, toute séparation doit être rendue publique avant son exécution; or, comme l'article 1444 prescrit l'exécution dans la quinzaine du jugement, il en résulte implicitement que c'est dans ce délai que la publicité doit être effectuée. En matière de vente et de nantissement des fonds de commerce, nous trouvons un système tout particulier, établi

(127) Cette question se rattachant à la fois à la matière des inopposabilités pour défaut de publicité et à celle des inopposabilités pour fraude (Cf. chapitre IV), on y voit intervenir des règles particulières; c'est ainsi que l'inopposabilité ne peut être invoquée que par la masse et non par un créancier individuellement, qu'elle profite à toute la masse, qu'elle doit être invoquée par voie d'action et que le tribunal possède un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 744; *Traité élémentaire*, n° 2063; Req., 28 juin 1911, S., 41. 1. 328). Une inscription étant frappée d'inopposabilité en vertu de l'article 448, il se peut qu'il existe sur le même immeuble une autre hypothèque, postérieure en date, mais valable; sur les conflits qui s'élèvent alors, cf. Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 639 et s.

par la loi du 17 mars 1909; d'après l'article 2 de cette loi, l'inscription du privilège du vendeur doit être prise dans la quinzaine de l'acte de vente à peine de nullité; mais si elle est prise dans ce délai, elle prime toute inscription du chef de l'acquéreur, elle est opposable à la faillite et à la liquidation judiciaire de ce dernier, ainsi qu'à sa succession bénéficiaire. De même, d'après l'article 11, l'inscription du nantissement doit être effectuée dans la quinzaine de l'acte constitutif, à peine de nullité.

γ. En troisième lieu, la loi prévoit deux événements qui mettent fin au droit pour les parties de rendre l'acte opposable aux tiers en le publiant. Il n'en est ainsi qu'en matière d'hypothèque et les deux événements qui arrêtent le cours des inscriptions sont la faillite du débiteur ou son décès suivi de l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire (art. 2146 C. civ. et 448, al. 1 C. com.). Si le jugement déclaratif de faillite met fin à la possibilité pour le créancier d'inscrire son hypothèque, c'est, d'après MM. Thaller et Percerou, par application de la théorie du dessaisissement : « Publiée après le jugement déclaratif, l'hypothèque est censée naître postérieurement à ce même jugement; le débiteur étant dessaisi, l'hypothèque est nulle. » (128). Quant à la raison de la seconde exception, « c'est que le Code civil a établi, dans les articles 803 et suivants, une liquidation, d'ailleurs toute rudimentaire, de la succession bénéficiaire, qu'il charge l'héritier d'accomplir. Il est donc naturel qu'il se soit préoccupé de maintenir l'égalité entre les créanciers en interdisant désormais toute nouvelle cause de préférence. Il est juste en effet que la liquidation de la succession s'opère comme si elle avait eu lieu également au décès » (129).

(128) *Traité élémentaire*, n° 2050.

(129) Colin et Capitant, II, p. 956-957.

B. — *Cas où la loi n'organise pas la publicité.*

1° COMMENT FAIRE LA PUBLICITÉ. — Nous avons dit plus haut que quand le législateur a prescrit une notification comme moyen d'opérer la publicité, la Jurisprudence ne se considère pas comme liée par une formalité limitativement déterminée et décide que la notification résulte de tout fait portant à la connaissance des tiers l'acte à publier. Par suite, la publicité pourra être faite d'une façon quelconque (130) et la connaissance du tiers suffira à lui rendre l'acte opposable. Il ne sera plus nécessaire de rechercher si le tiers a commis une fraude, il suffira de prouver sa mauvaise foi. Et en effet, la plupart des arrêts qui ont statué soit sur le cas d'une constitution de cheptel, soit sur celui d'une révocation de mandat, précisent que seuls les tiers de bonne foi ont droit à la protection de la loi (131).

De ce que la loi n'organise pas la publicité, il faut conclure que c'est la preuve de la connaissance réelle du tiers qui seule fera disparaître l'inopposabilité. Alors que précédemment la preuve était une question de forme (« telle formalité a-t-elle ou non été accomplie »), ici c'est d'une question de fond qu'il s'agit (« tel tiers a-t-il ou non connu l'acte »); la recherche psychologique est substituée à la recherche matérielle.

2° A QUEL MOMENT FAIRE LA PUBLICITÉ. — De ce que la publicité n'est pas organisée, il résulte tout naturellement

(130) Nancy, 31 janvier 1901, D., 01. 2. 484.

(131) Cf. pour la constitution de cheptel : Req., 7 mars 1843, S., 43. 1. 283; Dijon, 10 mai 1893, D., 93. 2. 479; Nancy, 31 janv. 1901, précité. — Pour la révocation de mandat : Req., 3 févr. 1869, D., 70. 1. 71; Bordeaux, 2 juin 1869, D., 70. 2. 220; Req., 23 mai 1870, D., 72. 5. 310, n° 46.

que la loi n'a fixé aucun délai; l'accomplissement des formalités légales n'aura donc jamais d'effet rétroactif, mais les parties n'encourront non plus aucune forclusion, et selon la règle que nous avons indiquée plus haut, il suffira d'effectuer la publicité avant que le tiers n'acquière un droit à l'inopposabilité (432).

§ II. — RENONCIATION DU TIERS.

Un tiers qui a le droit de se prévaloir de l'inopposabilité peut-il y renoncer? Certainement oui; les textes qui imposent la publicité sont bien impératifs en ce sens que les parties ne peuvent se passer des formalités qu'ils indiquent (433), mais ils n'en sont pas moins édictés dans l'intérêt privé des tiers. L'ordre public n'est pas en jeu, car il s'agit de protéger ces tiers non contre eux-mêmes, mais contre les actes d'autrui; aussi aucun auteur n'a-t-il jamais contesté la possibilité de cette renonciation. Celle-ci s'analyse d'ailleurs en une confirmation : de même que les parties peuvent confirmer un acte entaché d'un vice à leur égard, de même un tiers peut confirmer, si c'est par rapport à lui que le vice existait.

Cependant pour être exact, il est nécessaire de procéder à des distinctions. Si la renonciation intervient après la naissance du droit à l'inopposabilité, pas de difficulté; mais *quid* si elle est antérieure? Si le tiers, qui n'est, rappelons-le, qu'un ayant cause, s'est engagé à respecter un acte passé par son auteur, si, par exemple, il a déclaré renoncer à l'inopposabilité d'une hypothèque non inscrite, pourquoi faire tomber cette renonciation et imposer au tiers une pro-

(432) Civ., 9 août 1848, S., 20. 1. 469.

(433) Cf. Aubry et Rau, I, § 36, p. 178.

tection qu'il refuse en connaissance de cause ? Il n'y a aucune raison de ne pas en admettre la validité, et c'est en ce sens que l'on se prononce généralement (134).

Mais si la renonciation est valable avant ou après la passation de l'acte, c'est seulement quand elle a pour objet un acte déterminé; car si le tiers s'est engagé à respecter tous les actes de son auteur, même non publiés, comme il s'expose à se voir opposer des opérations en nombre indéterminé, et ne peut donc se rendre un compte exact des conséquences de sa renonciation, il faudra la tenir pour nulle. « Le tiers ne pourrait consentir une confirmation générale sans porter atteinte à l'ordre public, dit à cet égard M. Japiot. Car si la confirmation n'est pas spéciale, elle ne constitue plus la renonciation à un avantage accordé au tiers confirmant par le jeu des règles légales : elle ne tend à rien moins qu'à supprimer la règle légale elle-même, à heurter de front la volonté du législateur, qui a été de permettre au tiers de critiquer les actes au fur et à mesure qu'ils prennent une forme concrète. La loi veut que pour chaque acte le tiers décide, au moment où il apprend que tel acte a été passé ou va être passé, s'il veut l'approuver ou se réserver la faculté de le critiquer; il doit en être ainsi pour que la règle abstraite ait une valeur effective; la renonciation générale serait dangereuse pour son auteur, qui risquerait d'en apprécier inexactement les conséquences, et alors l'idée d'une protection du renonçant contre lui-même apparaît même en ce qui concerne le tiers, lui interdisant de confirmer tant qu'il n'a pas envisagé chaque acte en particulier pour renoncer au droit de critique qui s'y réfère. » (135).

(134) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 1442 et 1439; Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, n° 758, p. 710.

(135) Japiot, p. 756-757.

Puisque cette renonciation s'analyse en une confirmation, elle devra produire l'effet relatif imposé par l'article 1338 : la confirmation par un tiers ne portera pas atteinte aux droits acquis par d'autres et ne les privera pas de la faculté d'invoquer l'inopposabilité; les autres ayants droit ont une entière liberté pour choisir le parti qui leur est le plus favorable, et le même acte, valable aux yeux des uns, sera inopposable à l'égard des autres; il ne sera efficace *erga omnes* que si le confirmant avait seul le droit de critique, ou si tous les bénéficiaires de l'inopposabilité consentent une confirmation (136). Mais si en principe la renonciation n'a qu'un effet limité à celui de qui elle émane, il faut noter que l'option d'un ayant droit réagit sur la situation de ses ayants cause : la confirmation empêche les créanciers d'exercer obliquement le droit de critique, à moins qu'ils ne l'attaquent par l'action Paulienne, à supposer qu'elle eût été frauduleuse (137). Bien entendu, les parties, elles, ne peuvent pas confirmer, puisqu'elles ne bénéficient pas de l'inopposabilité : seuls ceux qui ont un droit peuvent y renoncer.

De cette renonciation, faut-il rapprocher l'aveu, judiciaire ou extrajudiciaire ? Si la renonciation est possible, l'aveu doit l'être aussi, semble-t-il. Mais il ne peut porter que sur la connaissance personnelle de l'acte; cela suffit bien pour les cas où la loi n'a pas organisé la publicité, et l'aveu rendra l'acte opposable au tiers; mais dans les cas où la publicité est organisée, nous avons vu que la connaissance est inopérante et que, même de mauvaise foi, un tiers peut se prévaloir de l'absence des formalités légales. *Un tiers aura donc beau avouer qu'il connaissait l'acte, il pourra néan-*

(136) Japiot, p. 788, texte et note 1.

(137) Japiot, p. 516, note 3.

moins invoquer l'inopposabilité pour défaut de publicité : la présomption légale d'ignorance dont il bénéficie ne peut pas être renversée par l'aveu.

De l'aveu, on a l'habitude de passer au serment. Est-il possible ici ? Dans les cas où la connaissance ne suffit pas, comme le serment ne pourrait porter que sur elle, de même que l'aveu il n'est pas admissible, car il ne servirait de rien : *frustra probatur quod probatum non relevat*. Dans les autres cas, puisque l'on autorise les parties à prouver que les tiers ont eu connaissance de l'acte, il semble bien qu'il faille les admettre à faire cette preuve en déférant le serment aussi bien que par d'autres moyens.

§ III. — PRESCRIPTION.

L'inopposabilité pour défaut de publicité peut-elle disparaître par la prescription ? Pour préciser la portée de la question, il nous semble indispensable d'écarter tout d'abord un certain nombre de prescriptions qui aboutissent à consolider l'acte, mais sans constituer véritablement des prescriptions de l'inopposabilité. Ce sont des prescriptions qui jouent à côté d'elle, mais qui tout de même ont une répercussion sur l'efficacité de l'acte. Nous avons vu que les tiers qui bénéficient de l'inopposabilité sont tantôt des créanciers, tantôt des acquéreurs de droits réels, ayant intérêt à considérer un bien comme n'étant pas sorti du patrimoine d'un individu, et en conflit avec d'autres créanciers ou d'autres acquéreurs. L'inopposabilité peut disparaître soit par la perte du droit des uns, soit par la consolidation du droit des autres.

L'inopposabilité peut tout d'abord disparaître par la prescription extinctive du droit qui donnait au tiers la

faculté de s'en prévaloir. C'est ainsi qu'un créancier ne pourra plus agir quand son droit de créance aura été éteint par prescription, car sa qualité de créancier peut seule lui donner la possibilité d'invoquer la protection du législateur; de même, il peut y avoir péremption de la saisie ou de l'hypothèque, et, dans les cas où la simple qualité de créancier chirographaire ne permet pas d'échapper aux effets de la représentation, la disparition de la saisie ou de l'hypothèque entraîne avec elle la perte du droit à l'inopposabilité.

En second lieu, l'inopposabilité peut disparaître, non plus par extinction du droit du tiers, mais par prescription acquisitive de l'acquéreur (la question ne se pose pas pour les créanciers) : il pourra ainsi consolider sa situation et devenir propriétaire incommutable, mais grâce à la prescription et non par suite de l'acte inopposable. Reste à savoir quelle sera la durée du délai. En ce qui concerne la prescription trentenaire, elle pourra certainement être invoquée : aucun titre n'étant exigé, l'inefficacité de l'acte non publié importe peu. Quant à la prescription abrégée de dix à vingt ans, elle ne peut jouer en faveur de celui qui n'a pas accompli les formalités de publicité : elle exige un titre et à l'égard des tiers, l'acquéreur n'en a pas : en matière de prescription comme partout ailleurs, l'acte non publié ne peut être opposé aux tiers. Et c'est bien ce qui est admis tant en Doctrine qu'en Jurisprudence (138).

Ainsi débarrassés de ces prescriptions qui jouent à côté de l'inopposabilité et n'influent sur elle que par contre-

(138) Demolombe, XXIV, n° 463; Aubry et Rau, II, § 209, texte et note 107; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 676; Jayles, *Des fins de non-recevoir opposables à ceux qui se prévalent du défaut de transcription*, thèse Toulouse, 1897, p. 98 et s.; Bordeaux, 26 févr. 1851, S., 51. 2. 244; Caen, 20 juill. 1874, S., 74. 2. 305, et, sur pourvoi, Civ. 26 janv. 1876, S., 76. 1. 217.

coup, nous pouvons nous poser la question de savoir s'il y a une prescription de l'inopposabilité en elle-même, validant directement l'acte. C'est par la négative qu'il faut résoudre le problème, comme l'a fort bien montré M. Japiot : « Lorsque le droit d'opposer à un tiers tels effets d'un acte est subordonné à l'observation d'une formalité, cette efficacité est inhérente à l'existence matérielle de la formalité qui a été remplie, et de même à l'inobservation de la formalité s'attache l'inopposabilité d'une façon tellement étroite que, tant que la formalité fera défaut, l'inopposabilité subsistera. Ainsi, trente ans après une vente d'immeuble non transcrite, le second acheteur qui a transcrit pourra toujours écarter les effets que la vente non transcrite pourrait avoir contre lui : le droit de l'acheteur qui a transcrit ne peut être tenu en échec par une prescription partant de la date de la première vente, mais seulement par l'usucapion accomplie au profit du premier acquéreur qui serait resté possesseur pendant le temps voulu depuis la date de l'exécution de la première vente, ou, vis-à-vis du vendeur, par la prescription extinctive de l'action que possède le second acquéreur contre le vendeur en exécution de son contrat, accomplie par trente ans à dater de la passation de ce deuxième contrat. *Les inopposabilités sont donc de plein droit et perpétuelles lorsqu'elles frappent une conséquence de l'acte subordonnée à l'observation d'une formalité matérielle.* » (139).

Et M. Japiot fait application de cette idée à la transcription des actes à titre onéreux, des donations et des substitutions, à la cession de créance, au rétablissement de la communauté après séparation de biens, aux contre-lettres modifiant un contrat de mariage, etc.

(139) Japiot, p. 881.

Si l'inopposabilité pour défaut de publicité est imprescriptible, c'est donc par suite de l'inhérence de l'efficacité à l'existence matérielle de la formalité; aussi pourrait-on rattacher cette imprescriptibilité à l'idée d'inachèvement; vis-à-vis des tiers l'acte est incomplet, il lui manque quelque chose, et cette absence matérielle de publicité ne peut se couvrir par l'écoulement du temps, puisqu'elle se renouvelle en quelque sorte tous les jours.

§ IV. — EXÉCUTION DE L'ACTE.

En principe, l'exécution de l'acte ne fait pas disparaître l'inopposabilité. Les tiers ne sont la plupart du temps avertis de l'opération qu'une fois qu'elle est effectuée, et les priver alors du bénéfice de l'inopposabilité serait complètement les désarmer. Aussi pourront-ils se prévaloir du défaut de publicité même quand l'acte aura été exécuté; c'est ainsi qu'un second acquéreur qui a fait transcrire son titre pourra encore invoquer l'inopposabilité d'une première vente non transcrite, quoique la transmission matérielle du bien ait été effectuée entre le vendeur et le premier acquéreur.

Il est cependant des cas où l'exécution complète de l'acte empêche les tiers de se prévaloir du défaut de publicité. C'est ainsi qu'en matière de constitution de cheptel, lorsque le contrat a été entièrement exécuté, c'est-à-dire quand le locataire a, au terme fixé, restitué les animaux au bailleur de cheptel, le propriétaire de la ferme ne peut les faire saisir pour ce que lui doit son locataire, sauf la revendication dans les quarante jours prévue par l'article 2102.

CHAPITRE II

INOPPOSABILITES POUR DEFAUT DE FORME

A côté des hypothèses dans lesquelles la loi a assuré la protection des tiers au moyen de la publicité, on trouve des cas où c'est la forme même de l'acte qui est destinée à sauvegarder les intérêts de ceux auxquels il pourrait préjudicier. Ces cas sont d'ailleurs fort peu nombreux : quand la loi prescrit la rédaction d'un écrit et l'observation de certaines formes, c'est rarement dans le seul intérêt des tiers et par suite la sanction se trouve être une nullité et non une inopposabilité. Savoir quelles sont les personnes que le législateur a voulu protéger est souvent assez délicat : le fait d'exiger une forme spéciale ne fournit en effet pas à lui seul une indication précise sur le but poursuivi par le législateur : ce peut être le simple désir d'attirer par cette solennité l'attention du contractant sur les conséquences de son acte; ce peut être aussi le désir d'avertir les tiers de la conclusion du contrat ou encore d'éviter certaines fraudes dont ceux-ci pourraient être victimes; ce peut être enfin un motif d'ordre public, la loi voulant que tout se passe au grand jour, au su de la société entière.

Il faut donc rechercher quelle a été l'intention réelle du législateur lorsqu'il a prescrit l'observation de différentes

règles de forme. Cette recherche présente de nombreuses difficultés lorsqu'on y procède pour déterminer individuellement quelles personnes pourront se prévaloir de la violation de la loi, lorsqu'on se demande, par exemple, en matière de donations si les formes de l'article 931 sont édictées dans l'intérêt du donateur seul, de toute sa famille ou de la société entière; ou, en matière d'hypothèques, si c'est le débiteur seul dont la protection est en cause ou si le législateur a également songé aux tiers. Tel n'est pas notre but ici : nous avons simplement à nous demander si les formalités sont édictées ou non dans le seul intérêt des tiers. La réponse est assez facile quand, à côté de la solennité, on rencontre l'obligation d'accomplir une publicité; car la publicité étant prescrite en faveur des tiers, l'exigence de formalités de rédaction ferait double emploi si elle avait le même but : la nécessité d'accomplir certaines formes n'est alors pas prescrite dans le seul intérêt des tiers, et c'est ainsi, par exemple, qu'en matière de donations ou d'hypothèques, on est amené à dire que les parties pourront se prévaloir de la violation de la loi : et, en effet, il est unanimement reconnu que la sanction consiste alors en une nullité.

En définitive, nous n'avons rencontré dans le Code civil que deux cas où la forme soit certainement prescrite dans le seul intérêt des tiers. L'un est celui de la subrogation consentie par le débiteur, dont traite l'article 1250, al. 2, ainsi conçu : « ... Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créan-

cier... » On considérerait autrefois que la sanction de ce texte était une nullité; mais « à l'observation de ces règles de forme ne s'attache pas un intérêt véritablement social, tel que le droit de critique doive être attribué à toute personne sans aucune exception et puisse être opposé d'office par le juge comme en matière de forme des donations » et l'on reconnaît aujourd'hui tant en Doctrine qu'en Jurisprudence que les conditions de l'article 1250 sont prescrites dans le seul intérêt des tiers et que les parties à la subrogation ne peuvent se prévaloir de leur absence (1) : il s'agit donc bien ici d'une inopposabilité, quoique l'on continue à parler de nullité.

Le second cas est celui de la constitution de gage; en effet, d'après l'article 2074, « ce privilège (du créancier gagiste) n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs. » Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'enregistrement, dont nous traiterons dans notre chapitre consacré à la date certaine; mais l'exigence d'un écrit contenant des mentions déterminées constitue bien une forme, dont l'inobservation est sanctionnée d'une inopposabilité; il est, en effet, reconnu tant en Doctrine qu'en Jurisprudence que l'article 2074 est édicté dans le seul intérêt des tiers, et que ceux-ci pourront seuls se prévaloir de sa violation. L'exigence d'une forme ne se ren-

(1) Aubry et Rau, IV, § 324, note 33 bis; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, II, n° 1538; Japiot, p. 563, note 5; Civ., 11 janv. 1893, S., 94. I. 12; D., 95. I. 179.

contre d'ailleurs qu'en matière civile, car l'article 91 du Code de commerce précise que le gage commercial se constate à l'égard des tiers comme à l'égard des parties conformément aux dispositions de l'article 109 du même Code.

Cependant, nous n'aurons pas à envisager que ces deux cas. En matière de Droit commercial, il nous faudra examiner la question de la transmission des valeurs mobilières et des effets de commerce. En effet « quelle que soit la forme des titres, la transmission entre les parties a lieu par le simple consentement; cela a été reconnu pour les titres nominatifs eux-mêmes » (2); mais à l'égard des tiers, le transfert de la propriété ne s'opère que moyennant l'accomplissement de certaines formalités, dont les parties ne pourraient invoquer l'absence (3). En ce qui concerne les titres au porteur, l'acquéreur ne sera saisi que par la livraison, ainsi que le dit l'article 35 du Code de commerce pour les actions de société; la transmission des titres au porteur s'opère donc comme celle d'un objet mobilier corporel (Cf. art. 1141 C. civ.). Mais nous n'avons pas à nous occuper ici de ce mode de cession : la dépossession de l'aliénateur ne constitue pas, en effet, une forme : tout au plus pourrait-on la rapprocher de la publicité (4), mais cette idée est combattue par la Doctrine italienne : « Pour les meubles, dit Giovene, on ne peut organiser le système de publicité des actes de transfert de propriété et de constitution de droits réels introduit pour les immeubles. Mais on subvient à la garantie des tiers par l'institution de la possession jointe à la bonne foi, de telle sorte que, de même que de-

(2) Wahl, n° 1509; Houpin et Bosvieux, I, n° 394; Paris, 23 mai 1887, D., 88. 2. 73; Req., 20 mai 1889, D., 90. 1. 250; Req., 24 avr. 1907, D., 07. 1. 302.

(3) Grenoble, 3 févr. 1836, S., 36. 2. 419; D., 37. 2. 51.

(4) Cf. Wahl, n°s 1510 et 1516.

vient propriétaire de l'immeuble celui qui le premier opère la transcription de son titre sur les registres de publicité, de même pour les meubles est préféré celui qui, le premier, en reçoit la remise et en devient possesseur de bonne foi. Je suis d'accord, ajoute-t-il, avec Chironi, Coviello et Barassi, pour considérer que cette possession, malgré l'analogie apparente qu'elle présente avec la publicité immobilière ne constitue pas un mode de publicité pour les meubles. » (5).

Pour les titres à ordre, c'est l'endossement qui transfère la propriété (Cf. art. 136 et 187 C. com.); en matière de lettres de change et de billets à ordre, jusqu'en 1922 l'article 137 du Code de commerce exigeait que l'endos indiquât le nom du bénéficiaire, la valeur fournie et la date; quand l'un de ces éléments faisait défaut, l'endossement était dit irrégulier et n'opérait pas le transfert; mais au lieu d'être complètement inefficace vis-à-vis des tiers, d'après l'article 138 il valait comme procuration, si bien qu'à l'égard des tiers la seule différence consistait en la possibilité pour eux d'opposer au porteur les exceptions qu'ils pouvaient faire valoir contre l'endosseur (6). La loi du 8 février 1922 a ainsi modifié l'article 137 du Code de commerce : « L'endossement n'a besoin en la forme que de la signature de l'endosseur », si bien que l'article 138 a également changé de teneur et s'exprime actuellement ainsi : « L'endossement opère le transport; il n'est une procuration que si telle a été la volonté clairement exprimée des parties. » Il n'y a donc plus actuellement d'endos irrégulier et, par conséquent, à défaut d'endossement, le cessionnaire n'a aucun droit à l'égard des tiers.

(5) Giovane, n° 53, p. 237.

(6) Civ., 24 oct. 1904, S., 08. 1. 12; D., 08. 1. 39.

Enfin en ce qui concerne les titres nominatifs, leur propriété n'est transférée que par une inscription au nom du nouveau titulaire (Cf. art. 36 C. com.).

Nous n'aurons donc que quatre cas à étudier, ce qui rendra forcément ce chapitre extrêmement court.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

On dit souvent que l'inobservation des formalités prescrites par la loi peut être invoquée par tout tiers quelconque ayant intérêt⁽⁷⁾, mais il convient de préciser cette formule. En matière de subrogation, les bénéficiaires de l'inopposabilité ne peuvent être que ceux dont les droits seraient compromis par la subrogation, c'est-à-dire les ayants cause du débiteur, à l'exclusion de ses héritiers; il faudra donc reconnaître un droit de critique aux tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué, aux créanciers hypothécaires inscrits sur le bien garantissant l'ancienne dette, aux codébiteurs et aux cautions, et même aux créanciers chirographaires. En ce qui concerne la constitution de gage, l'absence d'écrit ou l'omission des mentions exigées par l'article 2074 profite également aux créanciers du débiteur ainsi qu'à ses ayants cause à titre particulier.

En matière de valeurs mobilières ou d'effets de commerce, l'inobservation des formalités de transmission pourra être

(7) Japiot, p. 563; Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, 3^e édit., Paris, 1880, V^o *Lettre de change*, n^o 498.

invoquée tout d'abord par le débiteur cédé; aucun texte ne le précise comme en droit civil, mais c'est une solution qui ne saurait faire doute (8). Il faut y ajouter les ayants cause à titre particulier et les créanciers de l'aliénateur, car la transmission restreindrait ou supprimerait leurs droits. Quant aux ayants cause de l'acquéreur, il faut leur refuser tout droit à l'inopposabilité pour les mêmes raisons qu'en matière de cession de créance (9).

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

L'inobservation des formalités prescrites tant en droit civil par les articles 1250 et 2074 qu'en droit commercial par les articles 36 et 136 peut être invoquée à l'égard de toute personne, aussi bien à l'encontre des parties que de leurs ayants cause. C'est ainsi que « la nullité de la subrogation qui manque des conditions requises par la loi est opposable à quiconque prétendrait se prévaloir de cette subrogation » (10). De même en droit commercial, l'absence de transfert ou d'endossement peut être opposée *erga omnes*, et même à un acquéreur qui, au lieu d'employer les modes de transmission du droit commercial, aurait signifié le transport au débiteur conformément à l'article 1690 du Code civil (11).

(8) Req., 21 janv. 1887, D., 87. 1. 469; Lyon, 9 déc. 1926, D., 28. 2. 17, note de M. Cohendy.

(9) Cf. *supra*, p. 54.

(10) Demolombe, XXVII, n° 433.

(11) Ruben de Couder, *ibid.*, n° 488; Wahl, n° 1517; Req., 10 janv. 1903, S., 03. 1. 328; D. 06. 1. 343.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Puisque la loi subordonne l'efficacité *erga omnes* des actes que nous étudions à l'observation de certaines formes, ce sera aux parties, lorsqu'elles voudront se prévaloir de l'opération passée, à démontrer qu'elle a été régulière et que les prescriptions du législateur ont été suivies. Les tiers, eux, n'ont aucune preuve à faire et pourront, par suite, se contenter de repousser purement et simplement par une exception tous les effets de l'acte que l'on voudrait faire valoir contre eux. La voie d'exception leur sera d'ailleurs seule ouverte, car ils n'ont aucun intérêt à intenter une action pour faire judiciairement constater l'inopposabilité (12).

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

Le tiers à l'encontre duquel on voudrait invoquer soit une subrogation ou une constitution de gage non constatées dans les formes prescrites par les articles 1230 et 2074, soit une cession d'effets de commerce ou de valeurs mobilières sous

(12) Cf. *supra*, p. 63-66.

forme nominative ou à ordre, opérée autrement que par transfert sur les registres de la société ou par endossement, pourra repousser tous les effets de l'acte passé; rappelons qu'en matière de lettres de change ou de billets à ordre, c'est seulement depuis la loi du 8 février 1922 qu'il en est ainsi, puisque auparavant les tiers étaient obligés de considérer le bénéficiaire d'un endos irrégulier comme un mandataire de l'endosseur.

Par application de cette idée, tant qu'un transfert n'a pas eu lieu, une société est fondée à considérer l'aliénateur comme étant toujours actionnaire, et si ses titres ne sont pas entièrement libérés à lui réclamer les versements complémentaires; il en serait toutefois autrement si c'était par suite de la mauvaise volonté ou de la négligence des administrateurs que le transfert n'avait pas été opéré, ceux-ci ayant omis d'inscrire sur les registres la déclaration de transfert (13).

L'opération ne peut donc pas nuire aux tiers, mais on admet qu'elle peut leur profiter (14). C'est ainsi, par exemple, qu'un tiers pourra prouver qu'il y a eu transmission de la propriété d'une traite, quoiqu'aucun endossement n'ait été effectué : il pourra ainsi valider le paiement fait à l'acquéreur. Avant 1922, le tiré pouvait également démontrer que l'endossement irrégulier avait pour but de transférer la propriété et non de donner une simple procuration (15) : il pouvait ainsi opposer en compensation une créance sur l'endossataire ou faire valider le paiement effec-

(13) Req., 21 janv. 1887, D., 87. 1. 469; Cohendy, note au D., 1928. 2. 17.

(14) Cf. pour la subrogation : Demolombe, XXVII, n° 440.

(15) Civ., 24 oct. 1904, S., 05. 1. 12, D., 05. 1. 39.

tué entre les mains de ce dernier, malgré la survenance d'un événement mettant fin au mandat (16).

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

Entre les parties, la subrogation, la constitution de gage ou la transmission sont parfaitement valables, même en l'absence des formes requises. Aussi Toullier (17) déclare-t-il que « l'authenticité de l'acte d'emprunt constatant la destination des deniers empruntés, ou de la quittance constatant leur emploi, ne sera indispensable qu'autant que les droits que la subrogation doit transmettre intéressent les autres créanciers, tels que les privilèges, les hypothèques, qui confèrent un droit de préférence. Quant aux droits qui n'intéressent pas les autres créanciers, mais qui concernent uniquement la personne du débiteur, tels que la contrainte par corps, l'admissibilité au bénéfice de cession, l'exécution parée, l'authenticité de ces actes ne sera pas nécessaire et le débiteur lui-même ne serait pas recevable à proposer de ce chef la nullité de la subrogation. » Cette solution est d'ailleurs critiquée par Demolombe, qui considère que la subrogation est nulle, même *inter partes*.

En ce qui concerne la constitution de gage, il est unanimement reconnu qu'entre les parties, c'est-à-dire entre le créancier gagiste et le débiteur, ou leurs héritiers, elle n'est soumise à aucune formalité spéciale (18); aussi le créancier qui a été mis en possession pourra-t-il, par exemple, oppo-

(16) Wahl, n° 1862.

(17) Cité par Demolombe, XXVII, n° 438; nous n'avons malheureusement pas pu retrouver la référence de ce passage dans le *Traité* lui-même de Toullier.

(18) Aubry et Rau, VI, § 432, p. 256; Civ., 20 juin 1888, D., 58. 4. 239.

ser au débiteur son droit de rétention ou faire procéder à la vente sans saisie préalable.

En matière de transmission d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, les parties pourront également faire entre elles la preuve de la convention intervenue. Cette solution était particulièrement intéressante avant la loi de 1922 en présence d'un endossement irrégulier valant procuration : l'endosseur pouvait, en démontrant la transmission, se dérober au recours de l'endossataire dans les cas où le recours est supprimé; l'endossataire, en faisant la même preuve, pouvait garder la somme touchée. Depuis 1922, puisque l'endossataire n'a plus aucun droit contre les tiers et qu'il est rare que ceux-ci le paient bénévolement en l'absence d'endossement, cette solution a perdu son intérêt. Comme il s'agit uniquement de constater les faits qui se sont passés, les conventions qui sont intervenues entre les deux contractants, on reconnaît que tous les modes de preuve énumérés par l'article 109 du Code de commerce peuvent servir à établir l'existence du transport (19).

Par suite de l'inopposabilité, une des parties peut se trouver lésée : l'acquéreur peut se trouver dépossédé par un tiers au profit duquel aura été réalisé un endossement ou un transfert; l'aliénateur, demeuré seul actionnaire vis-à-vis de la société, peut se voir réclamer les versements complémentaires. Un recours sera alors donné au contractant victime de l'inopposabilité (20).

(19) Req., 20 mai 1889, D., 90. 1. 250.

(20) Paris, 23 mai 1887, D., 88. 2. 73; Req., 20 mai 1889, D., 90. 1. 250.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — ACCOMPLISSEMENT DES FORMES.

A. — *A quel moment les formes prescrites doivent-elles être accomplies ?*

En matière de subrogation, par sa nature, l'observation des règles légales ne peut avoir lieu qu'à un moment précis : il faut, en effet, que l'acte ou les actes notariés soient dressés au moment même de l'emprunt et du paiement (21) et c'est ainsi que la Cour de Rouen a décidé que les déclarations des parties devant notaire, après la passation des deux actes, ne pouvaient suppléer aux formalités de l'article 1250 (22). Permettre aux parties d'opérer autrement serait favoriser les fraudes que la loi a justement eu pour but d'empêcher. Aussi admet-on qu'on ne pourrait réparer par aucun acte postérieur le vice de la subrogation qui aurait été consentie en dehors des formes prescrites par l'article 1250 (23). Il n'est toutefois pas nécessaire que l'emprunt et le paiement aient lieu au même moment; mais on admet que si un intervalle plus ou moins long s'était écoulé entre eux, les juges pourraient décider suivant les circonstances que le paiement a été fait ou n'a pas été fait avec les deniers empruntés, et, par suite, admettre ou rejeter la subrogation.

(21) Laurent, XVIII, n° 45; Aubry et Rau, IV, § 324, texte et note 34.

(22) Rouen, 24 mai 1852, D., 55. 2. 113.

(23) Demolombe, XXVII, n° 434.

En matière de constitution de gage ou de transmission de titres, au contraire, la rédaction d'un écrit contenant certaines mentions, l'endossement ou le transfert, n'ont pas à être effectués à un moment précis; il suffira donc de les accomplir avant que les tiers n'invoquent leur absence, car, bien entendu, l'observation de la loi ne pourrait priver les tiers d'un droit qui leur était acquis. Ainsi, il faudra avoir satisfait aux exigences de l'article 2074 avant qu'un créancier ne saisisse le bien ou qu'un tiers ne l'achète; de même, il suffira d'avoir accompli l'endossement ou le transfert avant que la société ne fasse un appel de fonds, qu'un créancier ne saisisse le titre, ou avant qu'un second acquéreur ne se fasse inscrire sur les registres de transfert.

*B. — Les formalités prescrites peuvent-elles être remplacées
par d'autres?*

En matière de subrogation, on reconnaît unanimement que les conditions de l'article 1250 sont indispensables : « Les termes de l'article 1250 expriment formellement que la subrogation ne peut pas être valable en dehors des conditions qu'il exige. C'est que ces conditions sont en effet substantielles, le législateur ayant considéré qu'il n'était pas possible, sans elles, d'atteindre le but qu'il se propose. » (24). Et il en est de même en ce qui concerne la constitution de gage.

En matière d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, on admet que la transmission peut avoir lieu également par les modes du droit civil, toutes les créances étant cessibles de cette manière : les articles 36 et 136 du Code de commerce, dit-on, ne sont pas des textes impératifs et ex-

(24) Demolombe, XXVII, n° 433.

clusifs : ils offrent aux intéressés deux modes nouveaux plus faciles de transmission des titres, mais ils n'excluent pas les modes de cession plus compliqués du droit commun (25).

On conçoit alors que des conflits puissent surgir par exemple si deux acquéreurs successifs emploient, l'un les modes du droit civil, l'autre les modes du droit commercial, si l'un signifie la cession et si l'autre fait opérer le transfert, ou bénéficie d'un endossement. Qui doit l'emporter ? On admet généralement qu'il faut alors donner la préférence à l'acquéreur bénéficiaire d'un transfert ou d'un endossement (26), ce qui restreint considérablement l'utilité des cessions par les modes du droit civil.

Quant à savoir si la forme peut être remplacée par la connaissance, c'est-à-dire si la connaissance acquise par les tiers de l'accomplissement de l'opération met obstacle à leur droit d'invoquer l'inopposabilité, elle est aussi résolue différemment en droit civil et en droit commercial. En matière de subrogation et de constitution de gage, la connaissance est inopérante, dit-on, car elle ne met pas les tiers à l'abri des fraudes que les parties ont pu commettre. En matière d'actions nominatives, il a au contraire été jugé que « si en principe la cession des actions nominatives d'une société n'est opposable à celle-ci qu'après transfert régulier sur les registres sociaux, il en est autrement lorsque la société a été aver-

(25) Cf., pour les effets de commerce : Wahl, n° 1852; Req., 7 nov. 1905, S., 10. 1. 502; D., 06. 1. 413; — Pour les valeurs mobilières : Req., 4 déc. 1867, D., 68. 1. 175; Civ., 5 janv. 1926, D., 26. 1. 65, note de M. Wagner; Houpin et Bosvieux, I, n. 394; — *Contra* : Wahl, n° 1517; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 603; Wagner, note précitée.

(26) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, p. 871, note 1; Wahl, n° 1517; Req., 10 janv. 1905, S., 05. 1. 328; D., 06. 1. 345.

tie directement de la cession par le cédant et formellement invitée à la régulariser » (27). C'est une solution analogue à celle que nous avons rencontrée dans le chapitre précédent pour les cessions de créances et elle donne lieu aux mêmes observations.

§ II. — RENONCIATION DU TIERS.

En matière de subrogation, Laurent s'opposait à toute confirmation expresse ou tacite, tant des parties que des tiers, et déclarait que la nullité ne pouvait être couverte : « Il est vrai, disait-il, que les actes nuls sont susceptibles de confirmation, tandis qu'on ne confirme pas les actes inexistants; mais il y a un autre principe qui s'oppose à ce que l'on confirme la subrogation irrégulière, c'est que les formes sont prescrites dans l'intérêt des tiers pour prévenir la fraude, elles sont donc d'intérêt général; or, les nullités d'ordre public ne peuvent pas se couvrir par la confirmation : confirmer, c'est renoncer au droit qu'on a de demander la nullité; les parties intéressées peuvent bien renoncer à un droit qui est établi en leur faveur, elles ne peuvent pas renoncer à ce qui est d'intérêt général. Cela est décisif. » (28). Il est bien exact que l'inefficacité étant établie au profit des tiers, l'inopposabilité ne peut être supprimée par la volonté des parties qui, alors qu'elles n'ont pas le droit de critique, prétendraient confirmer et couvrir le vice de forme (29). Mais rien ne s'oppose à ce que les tiers eux-mêmes renoncent au droit qui leur appartient et, par là, valident la subrogation à leur égard. Toutefois elle ne produirait son

(27) Lyon, 9 déc. 1926, D., 28. 2. 17, note de M. Cohendy.

(28) Laurent, XVIII, n° 44.

(29) Aubry et Rau, IV, § 324; Japiot, p. 788, note 1.

plein effet que si tous les tiers bénéficiaires de l'inopposabilité renonçaient à s'en prévaloir.

Le même raisonnement peut être fait en ce qui concerne la constitution de gage et la transmission d'effets de commerce ou de titres nominatifs ou à ordre; ici encore, par conséquent, il faut admettre la possibilité pour les tiers de renoncer à l'inopposabilité qui les protège.

§ III. — PRESCRIPTION.

Il nous reste à nous demander si l'inopposabilité résultant d'un défaut de forme est susceptible de se couvrir par prescription. A cette question, la réponse ne peut être que négative, car la situation est la même qu'en matière de publicité et nous pouvons répéter ici ce que nous avons dit à ce propos. De ce qu'à l'égard des tiers la loi n'accorde de valeur à l'acte que moyennant l'accomplissement de certaines formalités, il résulte que le législateur a lié l'efficacité à l'observation des règles prescrites, si bien qu'inversement l'inefficacité est liée à leur inobservation et subsiste aussi longtemps que les formalités font défaut. Ainsi, lorsque la subrogation consentie par le débiteur n'est pas faite selon les règles de l'article 1250, al. 2, l'inopposabilité qui en résulte ne peut se couvrir par prescription trentenaire (30).

(30) Japiot, p. 884, note 4.

CHAPITRE III

INOPPOSABILITES POUR DEFAUT DE DATE CERTAINE

La troisième catégorie des inopposabilités de forme comprend celles qui résultent du défaut de date certaine. On pourrait être tenté d'assimiler ce cas à celui du défaut de publicité ou de forme proprement dite. Mais l'acte qui reçoit date certaine n'est pas par là même porté à la connaissance des tiers : il pourra rester secret et ce n'est que lorsqu'on le produira à leur encontre que les tiers en seront avertis; le fait de donner date certaine à un acte ne constitue donc pas une mesure de publicité⁽¹⁾ : c'est seulement un moyen de se ménager une preuve valable pour le jour où il en sera besoin.

Mais la date certaine ne se confond pas non plus avec la forme proprement dite; prenons en effet le principal texte de la matière, l'article 1328, ainsi conçu : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. » Si l'enregistrement peut bien être considéré comme une formalité, il ne saurait en être de même des deux autres

(1) Colin et Capitant, II, p. 522.

moyens indiqués par l'article 1328 pour donner date certaine.

Cette différence entre la publicité, la forme proprement dite et la date certaine apparaît d'ailleurs encore plus nettement si l'on envisage les articles 2074 et 2075, relatifs à la constitution de gage, et dont voici le texte :

« ART. 2074. — Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 francs. »

« ART. 2075. — Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

Pour que la constitution de gage soit valable, la loi requiert donc trois conditions : la dépossession du débiteur, la rédaction d'un acte contenant certaines mentions et son enregistrement. Le fait matériel de la dépossession, quoiqu'il soit requis même *inter partes*, avertit les tiers et joue par là un rôle analogue à celui de la publicité (2); la rédaction d'un acte contenant les mentions exigées par l'article 2074 constitue une forme, nous l'avons vu (3); enfin, il faut un enregistrement, dont on s'accorde généralement à reconnaître qu'il a pour but de donner date certaine à l'acte. Dans cette hypothèse donc, nous voyons se superposer la publicité, la

(2) Colin et Capitant, II, p. 758.

(3) *Supra*, chap. II.

forme et la date certaine, si bien que les tiers jouiront d'une triple garantie.

A ces trois textes, il faut encore ajouter les articles 1410 et 1743 ainsi conçus :

« ART. 1410 (al. 1). — La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte... »

« ART. 1743. — Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail. »

C'est bien d'une inopposabilité qu'est sanctionné par ces différents textes le défaut de date certaine, car entre les parties l'acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour tel fait foi de son contenu et de sa date⁽⁴⁾. Cela résulte d'ailleurs de la nature de l'indication de la date dans ces sortes d'actes, comme l'a montré M. Bartin⁽⁵⁾ : Dans l'acte sous seing privé, dit-il, même si la date de l'acte est bien celle sur laquelle les parties se sont entendues pour dater l'acte, cette indication de la date n'est jamais qu'une indication privée, c'est-à-dire pour l'une quelconque des parties vis-à-vis de l'autre le résultat d'une convention : c'est une convention additionnelle de preuve à l'opération juridique relatée dans l'acte. L'indication de la date dans l'acte sous seing privé n'est donc jamais qu'une indication de nature conventionnelle. Aussi, comme toute

(4) Balleydier, note au S., 1927. 1. 89; Giovene, n° 123, p. 339.

(5) Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté, cours professé à la Faculté de Droit de Paris, 1925-26.

convention, cette indication lie les parties, et l'article 1328 ne change rien à cette solution.

On pourrait à première vue penser que nous sommes ici en présence d'un cas tout différent de ceux que nous avons examinés jusqu'à présent : l'article 1328 ne concerne, en effet, que la date et ne se préoccupe pas du contenu de l'acte. Mais en réalité, ce cas est bien analogue aux précédents, car l'inopposabilité de la date entraîne celle de l'acte lui-même. Ainsi, dans l'hypothèse de l'article 1743, si le locataire présente au nouveau propriétaire un acte portant une date antérieure à la vente, mais non rendue certaine selon les moyens prévus par la loi, il pourra être expulsé par l'acquéreur, absolument comme s'il ne pouvait présenter aucun bail : l'absence de date équivaut à l'absence d'acte et aboutit par conséquent à l'inefficacité du droit que l'on voulait faire valoir contre les tiers⁽⁶⁾.

Il nous faut maintenant entamer l'étude des différents textes que nous avons cités.

(6) Cf. Giovene, *ibid.*

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Quels sont les tiers auxquels l'article 1328 permet de méconnaître les actes qui n'ont pas reçu date certaine selon les moyens prévus par la loi ? Tout le monde s'accorde à déclarer que ce ne peuvent être les *penitus extranei* (7) : en effet, d'après l'analyse donnée par M. Bartin, la question de date certaine ne les concerne pas plus qu'une convention quelconque, elle est pour eux *res inter alios acta*, et ils ne peuvent se prévaloir de l'article 1328. Ce ne sont pas non plus les ayants cause à titre universel : « La date certaine des actes sous seing privé a été, en effet, exigée pour éviter les antedates; or les antedates ne peuvent nuire qu'aux personnes qui ont acquis des droits inconciliables avec ceux qui résultent de l'acte dépourvu de date certaine, et qui ont par conséquent intérêt à prétendre que leurs droits sont antérieurs à ceux qui résultent de ce même acte. » Quant aux créanciers chirographaires, ils ne sont pas des tiers au sens de l'article 1328 (8) : c'est que le débiteur peut disposer à son gré de tous ses biens et que tous les actes qu'il accomplit sur son patrimoine sont opposables à ses créanciers; en ce qui concerne les chirographaires, ce n'est pas selon la règle *prior tempore potior jure* que se règlent les conflits, et la question de date n'a donc pas pour eux d'importance. Il n'en est autrement que s'ils acquièrent eux-mêmes, au

(7) Colin et Capitant, II, p. 214; Wahl, notes sous Douai, 25 janv. 1899, S., 1900. 2. 23, et sous Civ., 22 oct. 1900, S., 02. 1. 129, 4^e col.; Rennes, 1^{er} mai 1878, S., 79. 2. 197.

(8) Req., 23 juill. 1866, S., 66. 1. 404.

moyen d'une saisie par exemple, un droit supplémentaire venant renforcer leur qualité de chirographaires (9). Les seules personnes qui puissent invoquer le défaut de date certaine sont donc les ayants cause à titre particulier des signataires de l'acte (10).

Quant à l'article 1410, il indique comme bénéficiaire de l'inopposabilité la communauté : elle est, en effet, tenue des dettes mobilières de la femme antérieures au mariage, mais non pas de celles qui sont nées *durante matrimonio* sans l'autorisation du mari, et la loi a voulu déjouer la fraude consistant à faire tomber ces dernières dettes en communauté au moyen d'une antedate. Les tiers qui peuvent invoquer l'inopposabilité sont donc tout d'abord le mari, chef de la communauté, puis ses créanciers; ils ont intérêt en effet à conserver leur gage intact en écartant du partage des biens communs les créanciers de la femme antérieurs au mariage, et en les obligeant à se contenter de la nue propriété des propres de la femme, sur laquelle les créanciers du mari n'ont aucune action. Quant aux créanciers de la femme autorisée, faut-il les ranger parmi les bénéficiaires de l'inopposabilité ? Ils ont pour gage tous les biens des époux et semblent donc n'avoir pas intérêt à ce que les créanciers dont nous nous occupons se paient sur un bien plutôt que sur un autre : de toute façon, c'est la même valeur qui disparaîtra de leur gage général; il n'en sera autrement que si la femme est insolvable, c'est-à-dire si la nue propriété de ses propres est insuffisante pour désinté-

(9) Colin et Capitant, II, p. 215.

(10) Laurent, XIX, n° 303 et s.; Aubry et Rau, XII, § 736, texte et notes 102 et 110; Planiol, II, n° 73; Colin et Capitant, II, p. 214; Japiot, p. 563, note 3; Wahl, notes précitées; Balleydier, note sous Civ., 19 oct. 1926, S., 27. 1. 89; Civ., 6 juill. 1909, S., 11. 1. 161, note de M. Le Courtois et les renvois.

resser les créanciers antérieurs au mariage et dont le titre n'a pas date certaine : en les écartant du partage des biens communs, les autres créanciers font retomber sur eux seuls les conséquences de cette insolvabilité et conservent l'intégralité de leur gage. Il faut donc, croyons-nous, leur refuser le droit à l'inopposabilité pour défaut d'intérêt, sauf au cas où la nue propriété des propres de la femme est insuffisante pour désintéresser ses créanciers antérieurs au mariage et dont le titre n'a pas date certaine.

En ce qui concerne l'article 1743, les bénéficiaires de l'inopposabilité sont non seulement les acheteurs, seuls indiqués par le texte, mais tous les tiers acquéreurs : donateurs, coéchangistes, etc. (11).

Enfin, en matière de privilège du créancier gagiste, les tiers qui ont intérêt à se prévaloir de l'absence des formalités légales sont les ayants cause à titre particulier et les créanciers du débiteur.

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

Comme l'inopposabilité pour défaut de publicité ou de forme proprement dite, l'inopposabilité pour défaut de date certaine peut être invoquée *erga omnes*, et cela pour les raisons que nous avons déjà exposées en traitant de la publicité (12). Ainsi, pas plus les tiers que les parties ne pourront se prévaloir de l'acte sans date certaine à l'encontre d'une des personnes que nous avons indiquées dans la précédente section comme bénéficiaires de l'inopposabilité.

(11) Colin et Capitant, II, p. 523.

(12) Cf. *supra*, p. 62 et s.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Ainsi que dans les deux catégories d'inopposabilité de forme que nous avons examinées jusqu'à présent, nous croyons que le bénéficiaire de l'inopposabilité n'a pas d'action pour faire valoir son droit et qu'une exception lui suffit. Le tiers n'a en effet aucune preuve à fournir : « Présumée vraie dans les rapports des parties qui ont rédigé l'acte, la date est, au contraire, présumée fausse à l'égard des tiers qui sont autorisés à la repousser comme mensongère en invoquant leur seule qualité de tiers; c'est à celui qui se prévaut de l'acte à démontrer contre eux la sincérité de la date... » (13). L'article 1328 a donc pour effet de renverser la charge de la preuve, puisque d'après les principes généraux ce serait aux tiers, qui contestent la date de l'acte, à démontrer l'exactitude de leurs prétentions. L'exception pouvant être invoquée aussi bien si le tiers est demandeur que défendeur et ne disparaissant pas, nous le verrons, par la prescription ni par l'observation postérieure de l'article 1328, grâce au principe de respect des droits acquis, il semble inutile d'accorder aux tiers une action destinée à faire constater judiciairement l'inopposabilité.

(13) Debrand, p. 362.

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

L'inopposabilité de la date entraîne, nous l'avons vu, celle de l'acte tout entier : le tiers sera donc à l'abri de toutes les conséquences préjudiciables qui pourraient en résulter pour lui. Cette solution ne s'applique pas seulement aux actes visés en général par l'article 1328, mais ne saurait non plus faire doute en ce qui concerne les hypothèses spéciales réglées par les articles 1410, 1743, 2074 et 2075 : la communauté ne sera pas tenue des dettes de la femme, l'acquéreur pourra expulser le locataire, le créancier gagiste ne jouira d'aucun privilège. Et l'article 1750 fait une application de l'idée que l'acte ne peut avoir aucun effet vis-à-vis du tiers en décidant que « si le bail n'est pas fait par acte authentique ou n'a point de date certaine, l'acquéreur n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts » lorsqu'il procède à l'expulsion.

§ II. — ENTRE LES PARTIES.

Entre les parties, les actes sous seing privé dépourvus de date certaine sont parfaitement valables. Il en est ainsi non seulement pour les actes visés par l'article 1328 en général (14), mais aussi pour les trois autres cas que nous

(14) Debrand, p. 362; Giovene, n° 125, p. 539 et s.

avons envisagés, et l'article 1410 lui-même, dans son alinéa 2, prévoit que les créanciers de la femme dont le titre n'a pas date certaine antérieurement au mariage peuvent se payer sur la nue propriété de ses immeubles personnels, solution qui ne saurait s'expliquer s'il y avait nullité, mais qui cadre bien avec l'inopposabilité : la communauté, n'ayant droit qu'aux revenus des propres, n'est en effet pas lésée par la saisie de la nue propriété et l'inopposabilité n'y met donc pas obstacle. De même, le bail sans date certaine est pleinement valable entre les parties, et il pourra continuer à recevoir exécution si, par suite de la nullité, de la résolution ou de la rescision de la vente, le bailleur rentre en possession de l'immeuble aliéné. Et c'est justement pour éviter une interruption de la jouissance du preneur, qui après avoir été expulsé par l'acquéreur aurait de nouveau droit à l'exécution du bail, que l'article 1751 décide en matière de vente à réméré que « l'acquéreur à pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le preneur, jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable ». De même encore, la constitution de gage est valable *inter partes* quoique l'acte ne soit pas enregistré⁽¹⁵⁾, ce qui permettra par exemple au créancier de se prévaloir à l'encontre du débiteur de son droit de rétention.

Mais la question se pose de savoir si la partie qui sera lésée par l'exercice de l'inopposabilité aura un recours contre l'autre. En matière de constitution de gage, le créancier ne saurait, à notre avis, se retourner contre le débiteur : c'était, en effet, à lui de faire enregistrer l'acte de nantissement, et il n'a qu'à s'en prendre à lui-même si son

(15) Aubry et Rau, VI, § 432, p. 236; Civ., 22 juin 1858, D., 58. 1. 238.

gage n'est pas opposable aux tiers. Dans les autres hypothèses, il semble bien qu'il n'y ait non plus aucun recours : les créanciers de la femme, dont le titre n'a pas date certaine avant le mariage, ne peuvent pas plus se plaindre de la diminution de leur gage par mariage que par tout autre acte. De même en matière de bail, MM. Colin et Capitant (16), qui accordent en principe au locataire une action en garantie contre le bailleur, déclarent qu'elle est toute théorique, « car le plus souvent le vendeur n'aura pas de mal à démontrer que le préjudice éprouvé par le preneur tient à la faute personnelle que celui-ci a commise en négligeant de faire-enregistrer son bail ».

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — ACCOMPLISSEMENT DES CONDITIONS PRESCRITES.

A. — *Comment donner date certaine ?*

L'inopposabilité pour défaut de date certaine revêt comme les autres inopposabilités de forme un *caractère originaire* : tout acte est en effet inopposable aux tiers entre le moment où il est passé et celui où sont remplies les conditions exigées par la loi pour qu'il ait date certaine. Cela découle d'ailleurs de la formule même employée par l'article 1328 : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés... »

(16) II, p. 321.

Il en résulte que cette inopposabilité est susceptible de disparaître par l'accomplissement des conditions exigées par la loi. L'article 1328 indique trois circonstances donnant date certaine à un acte : l'enregistrement, la mort de l'un des souscripteurs, la relation de la substance de l'acte dans un acte authentique. Cette énumération est limitative et aucun autre procédé ne saurait donner date certaine à un acte (17). C'est que, comme l'a montré M. Martin, la loi présume que l'acte est postérieur à la date apparente et qu'il a été antidaté; elle refuse alors à la partie qui entend se prévaloir de cette convention suspecte le bénéfice de l'action qui en naît, l'inopposabilité de la date entraînant celle de l'acte tout entier comme nous l'avons vu. Or, cette présomption qui a pour effet de refuser une action à une des parties est absolue, au sens de l'article 1352; on comprend donc que les cas dans lesquels la loi l'écarte soient limitativement déterminés et ne puissent être étendus par voie d'interprétation à d'autres hypothèses, quoiqu'en pratique on puisse rencontrer bien d'autres cas où l'antidate est impossible, celui notamment où l'un des signataires de l'acte se trouve ensuite avoir les deux poignets coupés.

C'est ce caractère limitatif de l'énumération légale qui permet de faire considérer l'inopposabilité pour défaut de date certaine comme une inopposabilité de forme. Et en effet, parmi les trois circonstances indiquées par l'article 1328, seul l'enregistrement constitue une formalité à proprement parler; la mort de l'un des signataires et la relation de la substance de la convention dans un acte authentique ne sont que des faits matériels susceptibles de

(17) Flogny, *De la date certaine dans les actes sous seing privé*, thèse Paris, 1885, p. 212; Colin et Capitant, II, p. 215; Civ., 28 juill. 1888, S., 38. 1. 792.

s'accomplir en dehors de toute manifestation de volonté des parties; mais comme la loi les assimile, et eux seuls, à l'enregistrement, faisant ainsi un choix limitatif parmi les différents faits pouvant mettre obstacle aux antedates, on rejoint bien ici le domaine du formalisme.

Cependant, si tout le monde est d'accord sur le caractère limitatif de l'article 1328, la question est extrêmement discutée pour la constitution de gage. Les articles 2074 et 2075 prescrivent l'enregistrement de l'acte et un certain nombre d'auteurs admettent en conséquence que c'est là une formalité absolument indispensable pour l'efficacité du gage à l'égard des tiers (48). Mais comme cette formalité est destinée à donner à l'acte une date certaine, d'autres décident avec la Jurisprudence que l'enregistrement peut être remplacé par une des circonstances prévues à l'article 1328 (49). La question ne se pose d'ailleurs qu'en droit civil, puisqu'en matière commerciale l'article 94 du Code de commerce déclare que « le gage, constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce ».

En ce qui concerne enfin l'article 1440, on admet également qu'il n'est pas exclusif de toute autre preuve et qu'il doit être complété par l'article 1328 (20). Lorsqu'il s'agit d'une dette commerciale de la femme, on a même cru pouvoir écarter l'article 1440 et dire que l'antériorité de la dette

(48) Aubry et Rau, VI, § 432, note 7; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 43.

(49) Colin et Capitant, II, p. 760-764; Planiol, II, n° 2449; Civ., 7 janv. 1884, D., 31. 1. 28; Civ., 17 févr. 1888, D., 38. 1. 123; Lyon, 6 juill. 1889, D., 90. 2. 113.

(20) Toullier, XII, n° 202; Marcadé, art. 1440, 1°, n° 3; Aubry et Rau, VIII, § 308, note 13.

pouvait être prouvée par les moyens du droit commercial; c'est ce qu'ont jugé dans une affaire Joussetin contre Cuvier le Tribunal de commerce du Mans le 21 janvier 1851 et sur appel la Cour d'Angers le 2 avril 1851 (21); mais sur pourvoi la Cour de cassation reconnut que si la dette était bien commerciale au regard de la femme, la contestation avait le caractère civil aux yeux du mari, et que par suite le Tribunal de commerce était incompétent *ratione materiae* (22); en conséquence, elle cassa et renvoya devant la Cour de Poitiers qui se rangea à son opinion (23). Il semble bien qu'il faille en déduire que seuls les modes de preuve du droit civil doivent être admis, et c'est aussi la conclusion à laquelle arrive M. le Conseiller d'Oms, dans son rapport à la Cour de cassation. l'arrêt de Poitiers ayant à son tour été l'objet d'un pourvoi (24) (cette question ne fut d'ailleurs pas soumise à la Cour suprême, la Cour de Poitiers s'étant appuyée pour statuer sur un aveu du mari). Néanmoins, les Cours de Caen, de Paris et de Rennes ont encore admis que la preuve de la date d'une dette commerciale contractée par la femme avant son mariage pouvait être faite, même à l'encontre du mari, par les moyens du droit commercial, notamment par les livres des banquiers entre les mains desquels ont passé les billets constatant la dette (25).

Il faut d'ailleurs remarquer que les textes relatifs à la date certaine ne s'appliquent que dans les cas où la loi exige un écrit *ad probationem* et ne jouent pas dans ceux où sont admis d'autres moyens de preuve (26).

(21) S., 1851. 2. 529; D., 1851. 2. 53.

(22) Civ., 6 juill. 1853, S., 54. 1. 33.

(23) Poitiers, 26 févr. 1856, S., 56. 2. 294, D., 56. 2. 176.

(24) S., 1857. 1. 353.

(25) Caen, 6 déc. 1858, S., 59. 2. 227; Paris, 10 juill. 1866, S., 67. 2. 12; Rennes, 28 mai 1867, S., 68. 2. 224.

(26) Aubry et Rau, VIII, § 508, p. 75.

Quant à la question de savoir si la simple connaissance par le tiers de l'acte passé met obstacle à son droit d'invoquer l'inopposabilité, elle est résolue négativement tant en Doctrine qu'en Jurisprudence (27). Il n'y a d'exception à cette règle que si le tiers s'est entendu frauduleusement avec une des parties pour profiter du défaut de date certaine et bénéficier de l'inopposabilité (28).

B. — *A quel moment donner date certaine?*

Le Code civil n'indique aucun délai pour donner date certaine à un acte; il suffira donc qu'elle soit acquise avant le moment où les tiers auront le droit d'invoquer son absence; ce moment sera celui du mariage dans l'hypothèse de l'article 1410, celui où la vente acquiert elle-même date certaine dans le cas de l'article 1743; un arrêt de la Cour de Douai du 15 février 1865 (29) a décidé à ce propos qu'il ne suffisait pas que le bail et la vente aient acquis date certaine en même temps, mais qu'une antériorité était indispensable. Enfin, en matière de gage, une distinction est nécessaire : si le tiers qui invoque l'inopposabilité est un acquéreur, le contrat de nantissement doit avoir reçu date certaine avant l'aliénation; si au contraire il s'agit d'un créancier chirographaire, ce n'est pas avant la naissance de sa créance que le gage doit être parfait, mais avant le moment où il exerce son droit de gage général au moyen d'une saisie.

(27) Laurent, XXV, n° 390; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succèsions*, I, n° 1282; Flogny, p. 213-14; Pau, 21 févr. 1898, S., 98. 2. 303; Trib. civ., Boulogne-sur-Mer, 20 mars 1923, *Gaz. Pal.*, 23. 2. 139.

(28) Flogny, p. 214; Juille, p. 92; Req., 10 janv. 1903, S., 03. 1. 328.

(29) S., 1865. 2. 293.

§ II. — RENONCIATION DU TIERS.

Le tiers qui peut se prévaloir de l'inopposabilité peut certainement y renoncer et par là rendre l'acte efficace à son égard comme s'il avait été pourvu de date certaine (30). Cela résulte d'ailleurs du texte même de l'article 1410, al. 3, d'après lequel « le mari, qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette de cette nature, n'en peut demander la récompense ni à sa femme ni à ses héritiers ». En payant la dette, le mari a en effet renoncé à se prévaloir de l'inopposabilité; on étend cette solution aux autres cas où le mari a renoncé d'une façon quelconque à invoquer le défaut de date certaine (31).

Il faut cependant préciser que la renonciation ne saurait être valable que si elle porte sur un acte déterminé, et qu'il faudrait la tenir pour nulle si le tiers s'engageait à respecter tous les actes de son auteur malgré l'absence de date certaine (32).

De cette renonciation, on ne peut rapprocher l'aveu ni le serment : l'un et l'autre ne pourraient, en effet, porter que sur la connaissance de l'acte acquise par le tiers; or nous avons vu que cette connaissance était inopérante et ne pouvait suppléer aux conditions prescrites par l'article 1328. La question est cependant résolue en sens contraire par la Jurisprudence; elle s'est posée à propos de l'article 1410 dans l'affaire Jousset contre Cuvier, que nous avons déjà rencontrée dans le paragraphe précédent. La Cour de Poitiers (33), déclarant que « l'article 1410 a

(30) Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, précité.

(31) Aubry et Rau, *ibid.*; Cass., 9 déc. 1856, S., 57. 1. 353, D., 56. 1. 452; Besançon, 4 mars 1878, S., 79. 2. 144, D., 79. 2. 48.

(32) Cf. *supra*, p. 102.

(33) 26 févr. 1856, S., 56. 2. 294, D., 56. 2. 176.

été édicté pour empêcher la fraude de la femme, mais non pour protéger la mauvaise foi du mari », admit que l'article 1410 ne pouvait s'appliquer en cas d'aveu du mari et de la femme. Le sieur Jousselin forma contre cet arrêt un pourvoi en cassation, faisant valoir que « l'aveu du mari qu'il a connaissance que la dette est antérieure au mariage ne peut avoir plus d'effet contre lui que cette connaissance même, et que si malgré cette connaissance il est recevable à opposer l'incertitude de la date, il l'est également malgré l'aveu qu'il a fait de cette connaissance ». Mais en plus de cet argument, valable dans toutes les hypothèses où il est question de date certaine, il y en a un second, spécial à l'article 1410. C'est que *l'antériorité de la dette est la condition même de l'application de ce texte*; en effet, toute dette postérieure au mariage est nulle pour défaut d'autorisation et ne peut être recouvrée même sur la nue propriété des biens de la femme, de sorte que s'il était démontré que la dette a été contractée *durante matrimonio*, l'article 1410 ne pourrait jouer : il suppose une obligation réellement antérieure au mariage, mais dont l'antériorité n'est pas établie par l'un des modes déterminés par la loi. *Prouver que la dette est antérieure au mariage, c'est donc prouver que l'article 1410 doit s'appliquer et non qu'il doit être écarté*. La Cour de cassation cependant, sur le rapport de M. le Conseiller d'Oms, rejeta le pourvoi, mais sans réfuter ces arguments, se contentant d'établir que la renonciation du mari au bénéfice de l'article 1410 était possible et déclarant « qu'il devait en être de même, à bien plus forte raison, de l'aveu judiciaire du mari » (34). Cette solution a été ensuite reprise par les Cours de Lyon et de Besançon (35).

(34) Req., 9 déc. 1836, S., 57. 1. 353.

(35) Lyon, 23 août 1875, S., 76. 2. 68; Besançon, 4 mars 1878, S., 79. 2. 144.

§ III. — PRESCRIPTION.

L'inopposabilité pour défaut de date certaine est imprescriptible en elle-même. « Les inopposabilités, dit M. Japiot, sont de plein droit et perpétuelles lorsqu'elles frappent une conséquence de l'acte subordonnée à l'observation d'une formalité matérielle. Cette solution s'impose d'une façon particulièrement évidente en ce qui concerne l'inopposabilité de la date de l'acte dans le cas où il n'y a pas eu enregistrement : le défaut d'enregistrement ne peut se couvrir par une prescription trentenaire partant de la passation même de l'acte et en vertu de laquelle, après ces trente ans, l'écrit ferait preuve de sa date à l'encontre des tiers. L'évidence résulte ici de ce que l'on est en matière d'inefficacité relative à la preuve. » (36).

Mais si l'inopposabilité est imprescriptible en elle-même, il y a, à côté d'elle, des prescriptions particulières qui aboutiront à consolider l'acte : prescription extinctive du droit qui donnait au tiers la faculté de se prévaloir de l'inopposabilité ou prescription acquisitive de l'acquéreur. La prescription trentenaire pourra d'ailleurs seule s'appliquer, l'usucapion par dix à vingt ans exigeant un titre et l'acquéreur n'en possédant point au regard des tiers.

§ IV. — EXÉCUTION DE L'ACTE.

En principe, l'exécution d'un acte dépourvu de date certaine ne met pas obstacle au droit des tiers d'invoquer l'inopposabilité. La Chambre civile a cependant jugé le

(36) Japiot, p. 881. Cf. Planiol, Ripert et Picard, III, *Les Biens*, n° 708, p. 675; Alger, 15 nov. 1890, S., 91. 2. 53; Cass., 18 janv. 1899, S., 01. 1. 445.

22 juin 1858 (37) qu'en matière de constitution de gage, lorsque le créancier a fait vendre le gage et s'est payé sur le prix, c'est-à-dire lorsque les effets du contrat ont été entièrement consommés entre les parties, les tiers seraient mal venus à vouloir invoquer l'inopposabilité de cette constitution de gage à leur égard; d'autres créanciers par exemple ne pourraient considérer le bien comme étant toujours dans le patrimoine de leur débiteur et le saisir. Mais cette solution est facilement explicable : la vente du gage n'est que la mise à exécution du droit qu'a tout créancier de faire vendre les biens de son débiteur, droit indépendant du nantissement et qui s'impose à tous; les autres créanciers ne peuvent s'opposer à la vente, mais seulement intervenir au partage; ils ne l'ont pas fait, tant pis pour eux! Certes, ils ont pu être trompés par la dépossession du débiteur, leur faisant croire à l'existence du gage et à l'inutilité d'une intervention; mais cela ne saurait les autoriser à réclamer du créancier gagiste une partie du prix : l'absence de dépossession indique bien l'absence de nantissement, mais la dépossession ne signifie pas qu'il y ait un gage valable; les créanciers ne devaient donc pas s'en tenir à la situation apparente, il leur incombait de vérifier si la dépossession avait lieu à juste titre; qu'ils s'en prennent à eux-mêmes s'ils ne l'ont pas fait : *jura vigilantibus succurunt, non dormientibus*.

(37) D., 1858. 1. 238.

CHAPITRE IV

INOPPOSABILITES POUR FRAUDE

Avec les règles ayant pour objet la répression de la fraude, nous abordons l'étude de la seconde série des exceptions au principe d'après lequel ceux qui sont représentés par une personne sont tenus de subir les effets des actes juridiques passés par elle : ayant consacré nos trois premiers chapitres aux inopposabilités de forme, nous arrivons maintenant aux inopposabilités de fond.

Si l'auteur de l'acte n'a eu en le passant d'autre but que de nuire à ses ayants cause ou aux autres personnes qu'il représente, il est juste de ne pas consacrer ses intentions et de mettre ces personnes à l'abri des répercussions de tels actes. « L'action des tiers contre la fraude dont ils sont victimes, dit M. Bédarride, est une conséquence de la protection due à tous les intérêts légitimes, une émanation de ce devoir de haute et saine justice, se résumant dans ce sublime précepte : *suum cuique tribuito*. Elle n'a, en effet, d'autre objet que de prévenir et d'empêcher ces entreprises odieuses qui, tout en foulant aux pieds les prescriptions de la loi, causent à autrui un préjudice injuste et déloyal. » (1).

(1) *Traité du dol et de la fraude*, 3^e édit., 1873, t. IV, chap. II, sect. I, p. 8.

Dans ce groupe de cas, donc, à la différence de ce que nous avons vu dans les chapitres précédents, l'acte est parfait en lui-même, intrinsèquement, tant au point de vue du fond qu'à celui de la forme : il réunit toutes les conditions d'existence et de validité requises par le législateur, il obéit à toutes les règles de forme et de publicité posées par lui. Si cet acte est vicié, c'est en raison de l'intention, des motifs des parties ou de l'une d'entre elles : la fraude à elle seule suffit pour faire échec à l'efficacité qui devait normalement résulter de l'observation de toutes les conditions légales : *fraus omnia corrumpit*.

Pour prévenir toute équivoque, remarquons dès maintenant qu'il faut bien se garder de confondre cette fraude avec le dol. Le dol s'exerce dans les rapports des parties entre elles, il est dirigé par l'une contre l'autre : ce sont les contractants eux-mêmes qu'il faut protéger et la sanction sera une nullité relative. *La fraude, au contraire, émane soit de l'une des parties, soit le plus souvent de toutes deux; elle est dirigée soit contre la loi elle-même, soit contre les tiers; ce qu'il faut protéger, c'est, dans le premier cas, l'ordre public et la sanction sera une nullité absolue; c'est, dans le second, les tiers et la sanction sera une inopposabilité.*

Mais en s'engageant dans cette voie, le législateur ne devait procéder qu'avec prudence; la protection des personnes représentées ne pouvant être réalisée, en effet, qu'en sacrifiant l'auteur et les bénéficiaires de l'acte.

L'auteur, principalement s'il s'agit de protéger des ayants cause, c'est-à-dire le plus souvent des créanciers, voit apporter une limitation considérable à sa liberté d'action et ce n'est pas à la légère qu'on peut ainsi restreindre ce que l'on a considéré comme une faculté inhérente à la

personne humaine : le débiteur doit rester libre d'administrer sa fortune et même d'en disposer : « On ne peut, pour le simple motif qu'il est débiteur, restreindre à l'excès sa liberté et son activité, il doit en rester le maître. » (2). Dans le conflit qui s'élève alors entre créancier et débiteur, c'est normalement le premier qui doit être sacrifié, à raison de la confiance qu'il a faite au second et de son acceptation anticipée de tous les changements susceptibles de survenir dans le patrimoine de ce dernier : il est représenté par son débiteur, dont tous les actes lui sont opposables. Mais dès qu'il y a fraude, cette confiance n'a plus de raison d'être et la protection du créancier s'impose : on lui permet d'attaquer les actes de son débiteur; selon une formule courante, il cesse d'être représenté par lui et n'est plus qu'un tiers. C'est donc l'auteur de l'acte frauduleux qu'il faut sacrifier, et l'on peut d'autant plus aisément l'admettre que « la protection des titulaires du droit de critique n'est plus le but principal ou tout au moins le but unique, il s'agit aussi de frapper la fraude » (2 bis).

Cette dualité de fondement, si elle facilite la solution des conflits entre le *fraudator* et ceux qu'il représente, rend au contraire d'autant plus délicat le règlement des rapports entre les personnes que l'on veut protéger et les bénéficiaires de l'acte, aux dépens de qui doit s'exercer cette protection puisqu'ils se voient privés de l'avantage résultant incontestablement pour eux de l'appauvrissement du *fraudator*. Entre ces deux catégories d'individus, *a priori* aussi respectables les uns que les autres, ceux qui veulent bénéficier de l'acte et ceux qui veulent n'en pas

(2) Baicoianu, *L'action Paulienne en droit civil comparé*, thèse Paris, 1922, p. 14.

(2 bis) Japiot, p. 653.

souffrir, comment régler les conflits, comment déterminer qui doit être sacrifié et dans quelle mesure? Le législateur s'est trouvé obligé d'établir un équilibre, une balance, entre les divers intérêts en présence; mais il n'a pu le faire au moyen d'une règle unique et c'est pas une série de textes qu'il a résolu les difficultés auxquelles donne naissance la question de la fraude.

En effet, en dehors d'un texte très général, l'article 1167, nous trouvons la fraude réprimée par de nombreuses dispositions législatives : les articles 243, 622, 788, 808, 882, 1053, 1422, 1444, 1447, 1464, 2225 du Code civil, et les articles 443, 446 et 447 du Code de commerce.

Avant d'aller plus loin, il nous faut démontrer que ces différents textes ont bien la fraude pour fondement. Ce point n'offre aucune difficulté pour les articles 243, 882, 1167, 1447 et 1464 : le mot y est. Quant aux articles 622, 788, 1053 et 2225 du Code civil, visant les renonciations à usufruit, à succession, à substitution et à prescription, on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que, malgré leur silence, c'est à la fraude qu'ils se rapportent (3). Mais pour les autres textes?

(3) Cf. *pour l'article 622* : Colin et Capitant, II, p. 53; Planiol, II, n° 313, p. 113; Aubry et Rau, II, § 234, p. 731. — *Pour l'article 788* : Colin et Capitant, *ibid.*, et III, p. 477; Planiol, *ibid.* Il faut supposer qu'un autre héritier a accepté la succession; sinon la renonciation n'est pas irrévocable (art. 790), et, si les créanciers la font tomber, ce sera par application de l'article 1166. — *Pour l'article 1053* : Colin et Capitant, II, p. 53. — *Pour l'article 2225* : Troplong, *Prescr.*, I, n° 101; Marcadé, art. 2225; Aubry et Rau, XII, § 775; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescr.*, n° 114 et s; Colin et Capitant, II, p. 144; — Civ., 21 mars 1843, D., 43. 1. 299; Bordeaux, 13 déc. 1848, D., 49. 2. 158; — *Contra* : Laurent, XXXII, n° 209-11, 220, pour qui ce texte soulève une question de droits acquis : « Dans notre opinion, dit-il, l'article 2225 a pour fondement le principe que la prescription opère de plein droit, qu'il en résulte un droit acquis pour tous les intéressés et que la renonciation de l'un d'eux ne peut enlever aux autres un droit qui leur est acquis. »

En ce qui concerne l'article 808, si l'héritier ne se conforme pas aux prescriptions du juge et paie les créanciers et légataires au fur et à mesure qu'ils se présentent, quel recours auront les créanciers opposants? La question a été très discutée, car si les uns voient comme nous dans ce texte une disposition réprimant la fraude et accordant aux créanciers une action analogue à l'action Paulienne (4), d'autres considèrent qu'il ne s'agit là que d'un texte relatif à l'enrichissement sans cause et donnant aux créanciers une action en répétition de l'indu (5), opinion qui aujourd'hui n'a plus guère de partisans. Certains auteurs enfin fondent le recours des créanciers opposants contre l'héritier sur une idée de responsabilité, mais sont alors dans l'impossibilité de justifier l'action des opposants contre les créanciers ou légataires payés à leur détriment (6).

Quant à l'article 1422, on reconnaît généralement qu'il contient une présomption légale de fraude (7); il a donc bien le même fondement que l'autre texte destiné à protéger la femme, l'article 243. On a tiré de ces deux dispositions la possibilité pour la femme d'attaquer tous les actes frauduleux de son mari : « Notre ancien droit, disent MM. Colin et Capitant, a toujours admis que les actes du mari n'étaient valables qu'à la condition qu'ils fussent faits sans fraude (art. 225 Cout. de Paris; art. 193 Cout. d'Orléans). La même règle doit être admise aujourd'hui, bien que les

(4) Laurent, X, n° 162.

(5) Demolombe, XV, n° 303 et s. (critique dans Laurent, *loc. cit.*); cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, nos 1424 et 1428.

(6) Aubry et Rau, X, § 618, p. 40-41; Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 1425; Planiol, III, n° 2150 et s.

(7) Planiol, III, n° 1024; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 534, p. 599; n° 546, p. 612; Rouen, 25 janv. 1860, D., 61. 5. 86.

articles 1421 et 1422 du Code civil ne la reproduisent pas. Tout acte frauduleux est frappé de nullité : *fraus omnia corrumpit*. » (8). Néanmoins certains auteurs n'ont pas voulu se contenter de la notion de fraude pour protéger la femme et ils ont fait appel à l'idée d'illicéité : « L'inopposabilité à la femme des actes frauduleux du mari, disent MM. Planiol, Ripert et Nast, est fondée à la fois sur la tradition, sur la règle *fraus omnia corrumpit* et sur l'article 1382 : en agissant par fraude, le mari commet un abus de droit, ou plus exactement un détournement de pouvoir, et son acte est illicite. » (9).

Il faut noter d'ailleurs que la femme se trouve dans une situation très particulière, toute différente de celle des autres personnes visées par les textes que nous avons cités. La femme est copropriétaire des biens communs, c'est à ce titre qu'elle est représentée par son mari et qu'elle attaque normalement les actes passés en fraude de ses droits; les autres personnes, au contraire, sont de véritables ayants cause, le plus souvent des créanciers, et agissant en cette qualité. La femme ne peut leur être assimilée que lorsqu'elle se présente comme créancière de ses reprises en valeur et des récompenses qu'elle a à faire valoir contre la communauté; elle agit donc pour fraude tantôt à titre de créancière, tantôt à titre de copropriétaire; mais son droit est le même dans les deux hypothèses et c'est seulement en matière de preuve qu'on relève des différences notables.

En ce qui concerne enfin l'article 1444, imposant l'exé-

(8) Colin et Capitant, III, p. 240; Cf. Gaudemet, *Rev. trim.*, 1910, p. 423 et s.; Civ., 11 nov. 1893, S., 96. 1. 281, D., 96. 1. 44; Paris, 12 févr. 1903, D., 04. 2. 333; Paris, 30 oct. 1924, *Gaz. Pal.*, 24. 2. 672; Cf. Civ. 23 janv. 1928, D., 28. 1. 86, et le rapport de M. Colin.

(9) *Rég. matrim.*, VIII, n° 346, p. 612; Cf. Gaudemet, *Rev. trim.*, 1910, p. 425; Ripert, *Règle morale*, n° 164, p. 286.

cution de la séparation de biens dans la quinzaine du jugement, on s'accorde à reconnaître qu'il a aussi la fraude pour fondement : « Si la loi exige ici tant de rapidité dans l'exécution, c'est toujours par crainte des collusions, écrivent MM. Colin et Capitant. Le législateur estime que si la demande ne cache aucune fraude, la femme a intérêt à soustraire au plus vite ses biens à l'administration du mari. Une séparation que la femme ne se hâte pas d'exécuter est suspecte. » (10). Par suite « la loi tient pour collusoire toute séparation de biens qui n'est pas exécutée dans la quinzaine ». (11).

Enfin en droit commercial, c'est également sur la fraude que reposent les articles 443, 446 et 447 du Code de commerce. L'article 443 établit le dessaisissement du failli après le jugement déclaratif, et, suivant l'opinion la plus générale, c'est à l'idée de fraude que se rattache le dessaisissement : « A partir du jugement déclaratif, dit-on, tous les actes accomplis par le débiteur sont réputés frauduleux au regard des créanciers, et c'est pourquoi la loi les annule tous. » (12). *Fallitus, ergo fraudator*. « Le dessaisissement serait donc un régime légal, faisant peser sur toutes les opérations nouvelles du débiteur sans distinction un soup-

(10) III, p. 174. M. Wahl (note au S., 1897. 4. 28, col. 3) reconnaît aussi que l'article 1444 est une application de l'action Paulienne.

(11) Cf. Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 718, p. 76; mais pour ces auteurs, « la nullité de la séparation est fondée, en même temps que sur une présomption de fraude, sur une présomption de renonciation de la part de la femme ». Cf. Req., 1er juill. 1863, S., 63. 1. 333, D., 64. 1. 66.

(12) Thaller et Percerou, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, Paris, 1909, t. I, n° 483, Cf. n° 93; Cf. aussi Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7e édit., Paris, 1923, n° 1703; Lyon-Caen et Renault, VII, nos 296 et 299.

çon de mauvaise foi, de détournement voulu. L'article 1167 est étendu et simplifié dans son cercle d'action. » (13-14).

Quant aux articles 446 et 447, relatifs à la période suspecte, ils ont le même fondement : « On est d'accord, disent MM. Thaller et Percerou, pour reconnaître que les actions en nullité des articles 446 et 447 ne sont pas autre chose que des actions Pauliennes perfectionnées, basées comme celle de l'article 1167 sur le caractère frauduleux des agissements du débiteur, mais dans lesquelles la preuve de la fraude est rendue beaucoup plus facile. » Et ils ajoutent : « Il n'y a pas de doute que l'article 447 procède de l'article 1167; les deux dispositions se ressemblent à ce point qu'elles semblent n'en former qu'une. » (15).

Mais en droit commercial, à l'idée de protection des créanciers et de répression de la fraude vient s'adjoindre une notion supplémentaire que nous n'avons pas trouvée en droit civil : c'est la notion d'égalité entre les créanciers, se traduisant par l'organisation collective de la faillite, alors qu'en droit civil nous n'avions à nous préoccuper que de la protection de tiers individuellement envisagés.

(13) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, *ibid.*

(14) MM. Thaller et Percerou sont les seuls à s'élever contre l'idée de fraude; pour eux, le dessaisissement s'analyse en un droit réel de la masse sur les biens du failli, droit réel existant dès le jugement déclaratif et avant toute inscription de l'hypothèque de la masse. Ils sont conduits à cette explication par le désir d'assurer à la masse une plus grande sécurité en la faisant entrer dès le jugement déclaratif dans la catégorie des tiers qui peuvent se prévaloir de la loi de 1835. Mais il nous semble que c'est aller trop loin : car, ou bien l'acte est parfaitement loyal, et il n'y a pas de raison de permettre à la masse, plutôt qu'à un créancier chirographaire quelconque, de le faire tomber pour défaut de publicité, ou bien l'acte est frauduleux, et la masse pourra l'attaquer indépendamment de toute question de publicité et sans avoir besoin d'être un tiers au sens de la loi de 1835.

(15) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 1811.

Il en résulte que sera considéré comme frauduleux tout acte, tel qu'un paiement, qui rompt cette égalité, alors qu'en droit civil un pareil acte ne pourrait aucunement être critiqué : *qui suum recepit nullam fraudem fecit*. (Digeste, 42, 8, *quae in fraud. credit.*, § 6.)

Nous nous trouvons donc bien, tant en droit civil qu'en droit commercial, en face de toute une série de dispositions ayant pour objet la répression de la fraude, et c'est ce qui a permis de dire qu'« en réalité l'article 1167 n'établit aucun principe général, il n'est lui-même qu'une application particulière d'un principe non formulé expressément dans le Code civil, et suivant lequel la victime d'une fraude a droit à la réparation du préjudice qu'elle a subi. » (16).

Il nous reste à établir que tous ces textes créent bien des inopposabilités, car c'est à cette condition seulement que nous devons nous en occuper.

La question a été particulièrement discutée en ce qui concerne l'article 1167, car si les uns reconnaissent comme nous qu'il édicte une inopposabilité (17), ce qu'a également admis la Chambre civile dans un arrêt du 7 mai 1894 (18), d'autres voient dans l'action Paulienne une action en nullité (19), d'autres encore une action en responsabilité (20), et même, quand elle est intentée contre un donataire, une action pour enrichissement sans cause (21).

(16) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 546, p. 611; Cf. Colin et Capitant, II, p. 39; Acher, *Essai sur la nature de l'action Paulienne* (Rev. trim., 1906, p. 85).

(17) Japiot, p. 26 note 1; Juille, p. 126; Grouber, *L'Action Paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913, p. 460 et 467.

(18) S., 1898. I. 510; D., 1894. I. 503.

(19) Planiol, II, nos 327 et s.

(20) Huc, VII, nos 217 et 229; Acher, Rev. trim., 1906, p. 85 et s.

(21) Baicoianu, p. 14-15.

La théorie de l'action en nullité a été vigoureusement critiquée par M. Acher, dont nous ne reprendrons pas le raisonnement; il a démontré que l'action Paulienne présentait des caractères tout différents de ceux des actions en nullité ordinaires, et comme M. Planiol lui aussi aboutit à la même conclusion, si bien qu'il en arrive à donner au mot nullité le sens que nous attribuons au terme d'inopposabilité, il n'y a donc là qu'une simple question de terminologie. D'ailleurs il suffit d'appliquer le critère que nous avons indiqué pour s'apercevoir qu'il ne saurait être ici question d'une véritable nullité : cette sanction peut en effet toujours être invoquée par l'une au moins des parties, et, en notre matière, personne n'a jamais reconnu au débiteur ni à son complice le droit de se prévaloir de la fraude pour faire tomber l'acte (22).

Quant à la théorie de l'action en responsabilité, elle n'est pas non plus satisfaisante. Il y a bien, en matière de fraude, une idée de défaveur et même de peine contre le *fraudator*, mais pas à proprement parler de responsabilité. D'autre part, le but de l'action est la « révocation » de l'acte frauduleux; il y a là « une sanction qui, au lieu d'être purement réparatrice, comme le serait une indemnité versée par le tiers acquéreur et laissant subsister son droit absolu sur la chose acquise, revêt, au moins en droit, un certain caractère préventif : le tiers ne réparera pas le préjudice causé par son acquisition, car c'est cette acquisition même, effet de la cession attaquée, que l'on empêche d'exister vis-à-vis des créanciers. » (23). L'action en inop-

(22) M. Grouber (p. 467) range les actions en inopposabilité parmi les actions en nullité; nous réservons pour notre conclusion les rapports de la nullité et de l'inopposabilité et la question de savoir s'il y a entre elles une différence de nature ou seulement de degré.

(23) Japiot, p. 26, note 1.

posabilité est donc une sanction préventive et non réparatrice, et diffère par là de l'action en responsabilité.

Quant à l'idée enfin d'enrichissement sans cause, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre gratuit, elle est encore beaucoup moins soutenable. En effet, quand l'enrichissement se produit par l'intermédiaire du patrimoine d'un tiers, en l'espèce le débiteur, il faut tout d'abord un enrichissement et un appauvrissement dans les rapports du créancier et du débiteur, puis dans ceux du débiteur et du donataire; or, si le créancier s'est appauvri, le débiteur ne s'est pas toujours enrichi : il faudrait qu'il eût reçu une prestation, alors que sa dette peut être née *ex delicto*. D'autre part, il faut une double absence de cause : or « l'acte attaqué ne manque pas de cause au sens des articles 1131 et suivants » (24).

On peut donc conclure avec MM. Colin et Capitant que l'action Paulienne « n'est ni une action en nullité, ni une action pure et simple en réparation du préjudice ». Mais pour nous, ce n'est pas une action *sui generis*, c'est une action en inopposabilité. Et il faut en dire autant à propos de l'article 882, qui ne fait que soumettre l'exercice de cette action, en ce qui concerne les partages, à la nécessité d'une opposition préalable, et à propos de l'article 1447, dont tout le monde reconnaît qu'il n'est autre chose qu'une application de l'action Paulienne, mais sous la forme de tierce-opposition puisqu'il s'agit d'un jugement (25).

Les mêmes solutions ont été proposées en ce qui concerne l'article 808 : certains ont cru qu'il donnait une action en

(24) Grouber, p. 286.

(25) Colin et Capitant, III, p. 176; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 721, p. 82.

nullité (26), d'autres une action en responsabilité (27). Pour cette dernière, nous pouvons faire la même réponse qu'en matière d'action Paulienne. Quant à l'action en nullité, elle ne saurait exister que si l'héritier débiteur qui a payé au mépris d'une opposition peut faire tomber en tout ou en partie les paiements qu'il a effectués, autrement dit que s'il est titulaire d'un droit de critique contre ces paiements. Ceux qui pensent que l'article 808 n'est qu'une application particulière de la théorie du paiement indu sont naturellement conduits à admettre ce droit au profit de l'héritier, mais ceux qui, comme nous, rejettent ce système et reconnaissent, au contraire, qu'il s'agit d'une question de fraude, sont amenés à en conclure que l'héritier débiteur ne peut se prévaloir de cette fraude pour faire tomber les paiements par lui effectués (27 bis). Le droit de les attaquer appartenant exclusivement aux tiers, c'est donc bien d'une inopposabilité qu'il s'agit.

Le même critère, refus du droit de critique à l'auteur ou au bénéficiaire de l'acte frauduleux, nous permet également de reconnaître des inopposabilités dans les articles 622, 788, 1053 et 2225, visant les renoncements à usufruit, à succession, à substitution et à prescription. Personne ne soutient, en effet, que le renonçant puisse se rétracter et demander la révocation de sa renonciation; cela résulte, d'ailleurs, du texte même de l'article 788, al. 2 : « Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé. »

(26) Laurent, X, n° 162.

(27) Demolombe, XV, n° 304; Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 53; Civ., 26 nov. 1890, D., 91. 1. 345.

(27 bis) Cf. Laurent, X, n° 161.

C'est aussi d'inopposabilité qu'il s'agit dans les articles 243 et 1422, dont on a tiré une protection générale de la femme contre tous les actes juridiques accomplis par le mari en fraude de ses droits (28) : « La Doctrine et la Jurisprudence, disent MM. Planiol, Ripert et Nast, n'ont jamais hésité à considérer les actes du mari comme inopposables à la femme ou à ses héritiers quand ils n'ont d'autre but que de faire fraude à leurs droits. » (29). Et, en effet, nul ne permet au mari de se prévaloir de ces textes pour faire tomber l'acte qu'il a passé; seule, la femme peut l'attaquer, car c'est elle seule que la loi veut protéger (30). Le droit de critiquer l'acte appartenant uniquement à un tiers, on est donc bien en présence d'une inopposabilité, et non d'une nullité relative, comme l'enseignent certains auteurs. D'ailleurs, la théorie de la nullité était déjà critiquée par Pothier, qui, lui, admettait comme sanction une action en indemnité : « Les personnes qui sont incapables des donations que le mari leur a faites des biens de la communauté, écrit-il, ... n'en sont incapables que vis-à-vis de la femme et non vis-à-vis du mari qui leur en fait donation; *c'est pourquoi ces donations ne sont point nulles.* » (31).

(28) S'il s'agit d'un acte matériel, il ne peut naturellement plus être question d'inopposabilité, et c'est d'une action en indemnité, fondée sur l'article 1382, que jouira la femme, à raison de sa seule qualité de copropriétaire et du préjudice qu'elle subit. (MM. Planiol, Ripert et Nast fondent cette action sur un abus de pouvoir, « c'est-à-dire un acte qui, rentrant objectivement dans les pouvoirs du mari, est illicite à raison de l'intention du mari », *Rég. matrim.*, VIII, n° 549, p. 613.)

(29) *Ibid.*

(30) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, I, n° 671; Japiot, p. 559-560, 879 note, 880 note; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 534, p. 599-600.

(31) *Traité de la communauté*, édit. Bugnet, VII, n° 496, p. 270.

La question est plus délicate en ce qui concerne enfin l'article 1444, ainsi conçu : « La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement et non interrompues depuis. » Du mot *nulle* qu'emploie le texte, les auteurs et la Jurisprudence ont généralement conclu que tous les intéressés pouvaient se prévaloir du défaut d'exécution dans la quinzaine et notamment les époux (32). Mais MM. Colin et Capitant (33) ainsi que MM. Planiol, Ripert et Nast (34) se sont élevés contre une telle solution et nous ne pouvons qu'être de leur avis. Pour déterminer les personnes qui bénéficient de l'article 1444, il faut rechercher l'idée qui l'a inspiré et « cette idée est incontestablement de protéger les créanciers du mari contre une entente frauduleuse des époux ». Ces auteurs en concluent donc que l'article 1444 n'est qu'une application de l'article 1167 et estiment par conséquent que seuls les tiers peuvent s'en prévaloir, les époux étant irrecevables à l'invoquer (35). Puisqu'il s'agit d'un texte uniquement destiné à la protection des tiers, c'est donc encore en présence d'une inopposabilité que nous nous trouvons ici.

En droit commercial d'autre part, si l'article 443 n'indique pas expressément comment est sanctionné le dessaisissement, les articles 446 et 447 en revanche édictent

(32) Paris, 24 févr. 1855, S., 55. 2. 433, D., 56. 2. 247.

(33) III, p. 174-175.

(34) *Rég. matrim.*, IX, n° 718, p. 78-79.

(35) Cf. Req., 11 avr. 1837, S., 37. 1. 989; Wahl, note au S., 1897. 4. 25, col. 7, 8 et 9.

la nullité des actes accomplis pendant la période suspecte, mais ces textes ont été vivement critiqués par MM. Thaller et Percerou, dont voici les termes : « Si le débiteur accomplit des opérations au mépris du dessaisissement, celles-ci ne seront pas nulles. La demande en nullité que formerait le syndic (ou le liquidateur) afin de les faire tomber est communément appelée *action en nullité*; on désigne du même nom les actions dirigées contre les opérations de la période suspecte (V. ces termes employés par les articles 446 et 447). Mais cette qualification est incorrecte. En effet les opérations du débiteur contraires à l'article 443 sont valables à son égard, comme elles le sont à l'égard de sa contre-partie. Le contrat lie les deux parties qui l'ont conclu. Lorsque la faillite ou la liquidation aura pris fin, il s'exécutera dans les rapports des deux contractants, sans que ni l'un ni l'autre soit fondé à le taxer de nullité. Ce qui est vrai, c'est que la faillite engendre une indisponibilité des biens, effet bien différent. La seule personne recevable à faire tomber les actes incriminés (ou plutôt à demander qu'ils lui soient *inopposables*), c'est la masse des créanciers, représentée par le syndic ou par le liquidateur. » (36).

Dans les différents textes que nous avons cités, il s'agit donc bien d'inopposabilités, reposant sur la fraude et permettant à des tiers de faire tomber à leur égard un certain nombre d'actes. Il nous faut maintenant passer à l'étude de ces différentes inopposabilités.

(36) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 1778.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

En matière de défaut de publicité, nous avons été obligé d'établir une distinction basée sur le nombre des personnes pouvant se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte. Ici encore une formule unique est impossible et une pareille classification se montre nécessaire, d'autant plus que nous n'avons pas seulement à tenir compte des ayants cause, mais aussi des autres personnes rattachées au *fraudator* par un lien de droit. Mais alors que dans un certain nombre de cas, nous avons vu l'inopposabilité donnée aux ayants cause de toutes les parties, ici, au contraire, c'est toujours aux personnes représentées par une seule d'entre elles que cette sanction est accordée : la fraude, en effet, n'est jamais dirigée que contre les personnes normalement représentées par celui qui s'appauvrit, soit par l'augmentation de son passif (acceptation d'une communauté obérée), soit par la diminution de son actif. L'inopposabilité ne pourra donc jamais être invoquée par les tiers *in genere*, au sens où nous avons précédemment pris ce terme, c'est-à-dire les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires des deux parties; elle ne profite qu'à ceux qui sont représentés par la partie qui s'est appauvrie, mais elle profite tantôt à tous, tantôt à quelques-uns seulement d'entre eux; aussi diviserons-nous cet examen en deux paragraphes.

§ I. — CAS OÙ LA FRAUDE PEUT ÊTRE INVOQUÉE
PAR TOUS LES INTÉRESSÉS.

On ne trouve dans le Code civil qu'un cas où il en soit ainsi, c'est l'article 2225, en matière de renonciation à prescription : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. »

C'est là une formule extrêmement large, et nous devons compter parmi les bénéficiaires de l'inopposabilité : tout d'abord les héritiers et successeurs à titre universel du renonçant (37); puis les ayants cause à titre particulier, acheteurs, donataires, détenteurs d'un immeuble hypothéqué, dont les droits seraient compromis par la renonciation; enfin les créanciers. Il faut encore y ajouter les cautions et codébiteurs solidaires qui, bien que n'étant pas des ayants cause, ont intérêt à ce que la prescription soit acquise (38).

Mais malgré la très grande généralité des termes de l'article 2225, toutes ces personnes pourront-elles indistinctement se prévaloir de l'accomplissement de la prescription, ou faut-il distinguer selon la date de leur titre ? Ceux qui ont acquis des droits antérieurement à la renonciation pourront certainement la faire tomber, car ils pouvaient compter que le cours de la prescription produirait ses effets normaux et améliorerait leur situation, soit en éteignant les charges qui grevaient le patrimoine du renonçant et par suite le leur propre (détenteur d'un immeuble hypothéqué, codébiteur solidaire, caution), soit en faisant acquérir à leur auteur un bien qui jusque-là n'était dans son patrimoine

(37) Laurent, XXXII, n° 212.

(38) Laurent, XXXII, n° 214-215.

qu'à titre précaire (héritier, créancier, donataire, acquéreur).

Mais ceux qui n'ont acquis des droits que postérieurement à la renonciation peuvent-ils la faire tomber ? D'après la formule de l'article 2225 il semble que oui, puisque le texte ne fait aucune distinction; et pourtant ils ne méritent en général pas la protection de la loi, car, d'une part, ils ont dû connaître cette renonciation et savoir qu'ils ne pouvaient compter sur une modification du patrimoine du renonçant, et, d'autre part, ce n'est pas contre eux que la fraude est dirigée. En principe donc, ils ne pourront se prévaloir de l'article 2225. Il est cependant des hypothèses où la renonciation frauduleuse a pour but de léser les ayants cause futurs, et il est alors tout naturel de leur permettre de faire tomber cette renonciation : la loi s'est inquiétée de ceux contre lesquels la fraude était dirigée, c'est donc à eux tous qu'il convient d'accorder la protection de l'inopposabilité, à quelque moment que leur droit ait pris naissance, et cela sous peine de violer gravement les intentions du législateur.

§ II. — CAS OÙ LA FRAUDE NE PEUT ÊTRE INVOQUÉE QUE PAR CERTAINES PERSONNES.

Parmi ces cas, il en est un où il ne s'agit pas d'ayants cause : c'est celui de la femme attaquant les actes de son mari passés en fraude de ses droits. L'inopposabilité ne peut, dans cette hypothèse, être invoquée que par la femme du *fraudator*, à l'exclusion de toute autre personne, car c'est elle seule que l'on veut protéger (39).

(39) Japiot, p. 559-560 et 636; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matr.*, VIII, n° 534, p. 600.

Dans tous les autres cas, ce sont des ayants cause qui bénéficient de l'inopposabilité et, sauf en matière de partage de succession (où l'on admet le droit d'intervention et par suite de critique d'ayants cause à titre particulier, tels qu'acquéreurs d'immeubles dépendant de la succession ou cessionnaires de droits successifs)⁽⁴⁰⁾, ces ayants cause sont uniquement des créanciers du *fraudator*, ainsi que nous l'indiquent les différents textes qui créent ces inopposabilités.

Mais tous les ayants cause du *fraudator* ne bénéficient pas de la protection du législateur et nous devons, à cet égard, signaler deux restrictions. En premier lieu, il est unanimement admis que, seuls, les ayants cause antérieurs à l'acte frauduleux peuvent se prévaloir de l'inopposabilité⁽⁴¹⁾, mais ce principe souffre deux exceptions. L'une se rencontre en droit commercial, où, par suite de l'idée d'égalité que nous avons signalée, l'inopposabilité profite à tous les créanciers, tant antérieurs que postérieurs à l'acte incriminé⁽⁴²⁾, car tous font partie de la masse, seule titulaire des actions en inopposabilité⁽⁴³⁾. L'autre joue dans l'hypothèse où ce sont justement les créanciers postérieurs que

(40) Laurent, X, n° 325; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 3260; Aubry et Rau, X, § 626, texte et note 44; — Montpellier, 11 juin 1839, *Jurispr. gén.*, Dalloz, V° *Succession*, n°s 2017-2018.

(41) Cf., pour l'article 788 : Aubry et Rau, IX, § 613, p. 599; Colin et Capitant, III, p. 478. — Pour l'article 1053 : Dupuy, *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1907, p. 145. — Pour l'article 1444 : Colin et Capitant, III, p. 174; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 721, p. 82; Wahl, note au S., 1897. 4. 25, col. 1, 5, 6; Req., 1^{er} juill. 1863, S. 63. 1. 333, D., 64. 1. 66.

(42) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n°s 652 et 681; Lyon-Caen et Renault, VII, n°s 208, 312, 317, 417.

(43) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n°s 486 bis, 494, 649-50, 680; *Traité élémentaire*, n°s 1778, 1854; Req., 18 juill. 1908, S., 10. 1. 263.

l'on a voulu frustrer, en leur enlevant les garanties sur lesquelles ils étaient en droit de compter (44).

En second lieu, il est des cas où la protection des ayants cause du *fraudator* entraînerait à par trop sacrifier ceux aux dépens desquels elle est obtenue, si bien que le législateur a dû la restreindre. C'est ce qu'il a fait dans l'article 882, qui soumet le droit d'invoquer l'inopposabilité à la condition d'une opposition préalable : le désir d'assurer la stabilité du partage poussait le législateur à refuser tout droit de critique aux créanciers, que l'on ne pouvait cependant laisser entièrement à la merci de leur débiteur; aussi la protection qu'il était incommode de leur donner par une action postérieure au partage leur a-t-elle été assurée par un moyen préventif, les créanciers étant autorisés à intervenir pour surveiller les opérations du partage, et, par suite, à s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence. Mais si les cohéritiers effectuent le partage au mépris de l'opposition (45), les intérêts des créanciers ne sont plus sauvegardés, et les opposants recouvrent leur droit de critique, les autres créanciers, au contraire, se voyant toujours refuser le droit d'attaquer le partage effectué (46). Si bien qu'en définitive, et par exception à la règle générale de

(44) Colin et Capitant, II, p. 57; Paris, 24 mars 1891, sous Civ., 7 mai 1894, S., 98. 1. 510, D., 94. 1. 505; Orléans, 10 mars 1894, S., 94. 2. 145, D., 94. 2. 448; Req., 30 mai 1905, S., 06. 1. 512, D., 05. 1. 408; Seine, 23 mars 1926, D. H., 1926, p. 343. "

(45) Il en est de même en cas de partage fictif (Dijon, 24 juin 1885, S. 87. 2. 115 et les renvois; Civ., 27 déc. 1926, S., 27. 1. 111) ou précipité (Civ., 17 nov. 1890, S., 94. 1. 399, D., 91. 1. 25; Req., 7 janv. 1907, D., 10. 1. 215; Req., 24 déc. 1912, S., 14. 1. 201, et les renvois; Bourges 7 févr. 1922, *Rev. trim.*, 1922, p. 434; Civ., 27 déc. 1926, précité).

(46) Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n° 3210; Planiol, II, n° 314; Req., 5 janv. 1886, D., 86. 1. 400; Civ., 17 nov. 1890, précité; Req., 21 févr. 1905, D., 05. 1. 264; Req., 7 janv. 1907, précité.

l'article 1167 (47), une condition supplémentaire est exigée et que le droit d'invoquer l'inopposabilité est soumis à la nécessité d'une opposition préalable.

De cette hypothèse de l'article 882, on pourrait songer à rapprocher le cas prévu par l'article 808 qui vise le paiement fait par un héritier bénéficiaire aux créanciers et légataires de la succession. Sauf expiration du délai de trois ans prévu par l'article 809, la délivrance des legs peut toujours être critiquée par les créanciers, car elle ne doit avoir lieu qu'après extinction complète de toutes les dettes de la succession : *nemo liberalis, nisi liberatus*. Mais en revanche, lorsqu'il s'agit de paiements faits à un créancier, ils ne peuvent être critiqués, d'après l'article 808, que s'il y a eu une opposition. Il semble donc, à première vue, que dans cette hypothèse également le droit d'invoquer l'inopposabilité de l'acte soit soumis à la condition préalable d'une opposition, ce qui s'expliquerait par le fait qu'il n'y a pas de procédure collective de distribution et que le créancier payé n'a reçu que son dû : on ne peut donc rien lui réclamer et tant pis pour ceux qui se sont montrés moins diligents s'il ne reste rien quand ils se présentent : *jura vigilantibus succurunt, non dormientibus*.

Mais il est facile de se rendre compte qu'il n'y a entre les deux hypothèses qu'une analogie apparente. La Jurisprudence considère, en effet, comme opposition non seulement « tout acte quelconque par lequel les créanciers portent leur créance à la connaissance de l'héritier et manifestent d'une manière non équivoque leur intention de se faire

(47) Laurent, X, n° 534, p. 578; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 3247; Colin et Capitant, III, p. 529; — Douai, 20 déc. 1890, D., 92. 2. 27; Civ., 1^{er} juin 1891, D., 92. 1. 212; Civ., 27 déc. 1926, précité.

payer sur les deniers de la succession » (48), mais aussi « tous les actes, tels que l'inventaire, le testament du défunt, un contrat de mariage, dont il résulte que l'héritier n'a pu ignorer l'existence de la créance et la volonté du créancier d'obtenir son paiement » (49). Il suffit donc, pour que le paiement puisse être attaqué, que l'héritier ait connu par un acte quelconque l'existence d'une autre créance; or, si l'héritier l'ignorait, il ne saurait évidemment être question de fraude; l'article 808, tel qu'il est interprété actuellement par la Jurisprudence, revient donc à dire que la fraude consistera dans la simple connaissance d'autres dettes de la succession : notre texte précise donc la notion de fraude, il ne subordonne pas le droit d'invoquer l'inopposabilité à la nécessité d'une opposition préalable.

En revanche, comme l'article 1476 soumet les partages de communauté aux mêmes règles que les partages de succession, on admet également que pour pouvoir intenter à leur sujet l'action Paulienne, une opposition préalable est nécessaire (50). Les articles 882 et 1476 sont donc les seules exceptions au principe général de l'article 1167, exceptions prévues d'ailleurs par ce texte lui-même dans son al. 2.

En résumé, hors des hypothèses prévues par les articles 243, 788 et 1422, l'inopposabilité pour fraude ne peut être invoquée que par les créanciers du *fraudator*, antérieurs en principe à l'acte incriminé, et sous la réserve, en matière de partages de succession et de communauté, qu'ils y aient fait préalablement opposition.

(48) Req., 13 mars 1866, S., 66. 1. 121, D., 66. 1. 287; Req., 28 juill. 1871, S., 71. 1. 100, D., 71. 1. 302.

(49) Req., 4 juill. 1892, S., 96. 1. 802, D., 92. 1. 481; Civ., 26 nov. 1890, S., 91. 1. 204, D., 91. 1. 343; Cass., 17 déc. 1894, S., 97. 1. 329.

(50) Planiol, II, n° 314.

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

En matière d'inopposabilité de forme, lorsque nous nous sommes demandé contre qui pouvait être invoquée cette inopposabilité, nous avons pu répondre par une formule unique : « Contre toute personne qui voudrait se prévaloir de l'acte inopposable, que cette personne soit une partie ou un tiers. » Mais ici une pareille formule est impossible. Nous avons vu, en effet, au début de ce chapitre, que n'intervenaient pas seulement en notre matière des considérations de protection, mais que l'inopposabilité pour fraude présentait un certain caractère pénal, et ce double fondement nécessite une série de distinctions pour déterminer qui doit l'emporter dans les conflits entre les personnes voulant échapper aux conséquences de la fraude d'une part, le *fraudator* et les bénéficiaires de l'acte d'autre part.

L'auteur de l'acte, étant par hypothèse toujours coupable de fraude, sera *toujours* sujet passif de l'inopposabilité. Mais, en pratique, l'invoquer contre lui seul ne sert de rien, sauf si le critiquant est un créancier de corps certain ou une femme mariée agissant en tant que copartageante. Ceux-ci cependant ne tiennent pas, le plus souvent, à une simple indemnité; ce qu'ils veulent, c'est exercer leurs droits en nature et il leur faut pour cela, comme aux créanciers de sommes d'argent, pouvoir attaquer le bénéficiaire de l'acte,

de manière à faire rentrer dans le patrimoine du *fraudator* ce qui s'y trouverait sans l'acte incriminé : c'est contre les tiers seuls qu'agir en inopposabilité présente de l'intérêt, et c'est ce qui a fait dire dans une formule qui, par son énoncé, prête à critique, mais qui contient une idée exacte : « L'action n'est pas dirigée contre le débiteur, elle est dirigée contre les tiers qui ont acquis du débiteur. En effet, le débiteur, étant insolvable, l'obligation se concentre sur la tête des tiers. » (31).

Mais ces tiers qui ont bénéficié de l'acte ne peuvent indistinctement être les sujets passifs du droit à l'inopposabilité et une discrimination s'impose. Il peut sembler au premier abord que, puisqu'il s'agit d'établir un équilibre entre des intérêts contradictoires, en recherchant s'il est préférable de sacrifier les créanciers et autres personnes représentées ou les bénéficiaires de l'acte, et que puisqu'il faut tenir compte à la fois de considérations de protection et de répression, la solution doit varier dans chaque hypothèse. On peut cependant dire que le législateur, pour régler ces conflits, a suivi trois grands principes :

1° Ceux qui luttent *de damno vitando* doivent l'emporter sur ceux qui ne combattent que *de lucro captando*. C'est le souci de protection que l'on voit jouer ici, abstraction faite de toute idée de peine : ce sont, en effet, incontestablement les premiers qui sont les plus intéressants et on leur accorde le droit d'invoquer l'inopposabilité sans rechercher si leurs adversaires sont ou non coupables de fraude. C'est ainsi que l'inopposabilité jouera toujours à l'encontre d'un acquéreur à titre gratuit, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (32).

(31) Baicoianu, p. 43.

(32) Acher, *Rev. trim.*, 1906, p. 406.

2° Lorsque les adversaires luttent chacun *de damno vi-tando* et que le bénéficiaire de l'acte est de bonne foi, c'est le créancier que l'on sacrifie : l'idée de peine ne peut pas intervenir; seule peut jouer celle de protection; or le créancier n'est pas plus intéressant que son adversaire, il n'y a donc pas de raison pour faire fléchir en sa faveur le cours normal des choses : il n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir mal placé sa confiance. D'ailleurs il n'est pas complètement sacrifié puisqu'une valeur est entrée dans le patrimoine du débiteur à la place du bien qui en est sorti.

3° Lorsque des deux côtés il s'agit d'éviter un dommage, et que le bénéficiaire de l'acte est de mauvaise foi, c'est son adversaire qui l'emporte. Ici, l'idée de répression de la fraude s'adjoint à celle de protection et la renforce. Ainsi un acquéreur à titre onéreux de mauvaise foi sera toujours sujet passif du droit de critique : complice de la fraude, il doit également être puni. Ces règles jouent aussi pour les sous-acquéreurs, et l'on pourra ainsi arriver à de curieux résultats; si l'on suppose, par exemple, comme M. Japiot « que le débiteur a vendu un terrain à un tiers de mauvaise foi qui a divisé ce terrain en plusieurs lots et en a revendu un certain nombre à des sous-acquéreurs dont les uns étaient de mauvaise foi et les autres de bonne foi, les créanciers ne peuvent atteindre les conséquences de l'acte primitif en tant qu'elles profitent à ces derniers, mais leur droit de critique peut être exercé contre l'acquéreur primitif et les sous-acquéreurs de mauvaise foi » (33).

Tout ceci s'applique aussi aux inopposabilités préservant la femme contre les actes frauduleux de son mari (34).

(33) Japiot, p. 636, note 2.

(34) Japiot, p. 637; Gaudemet, *Rev. trim.*, 1940, p. 425; Colin et Capitant, I, p. 238; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 549, p. 615; Trib. civ. Valence, 9 juin 1923, *Gaz. Pal.*, 25. 2. 337.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Comment les sujets actifs du droit à l'inopposabilité peuvent-ils faire valoir ce droit à l'encontre des sujets passifs ? Deux moyens sont concevables, une exception et une action.

Pour ce qui est de l'exception, nous avons pu en matière d'inopposabilité de forme l'accorder sans difficulté : c'est que le vice dont l'acte était atteint était facilement visible et que, par suite, point n'était besoin d'une instance pour statuer sur le bien-fondé de la critique. Ici, au contraire, l'acte frauduleux est apparemment parfait, c'est d'un vice caché qu'il est atteint; ce vice, rien ne le révèle et le magistrat saisi d'un litige où cet acte est invoqué ne peut, sur son aspect extérieur et sans examen approfondi, décider de son inefficacité ou de sa validité : une recherche psychologique s'impose, une preuve compliquée est nécessaire. Nous sommes donc amené à décider qu'en principe l'exception de fraude ne saurait convenir comme moyen d'invoquer l'inopposabilité et qu'une action est nécessaire. Il en est toutefois autrement dans les hypothèses où point n'est besoin de procéder à des recherches délicates, où les créanciers peuvent invoquer l'inopposabilité d'un acte sans avoir à prouver l'insolvabilité de leur débiteur, ni même à démontrer sa fraude, celle-ci étant présumée par la loi; on peut alors admettre les tiers à faire valoir leurs droits par voie d'exception, et il en est ainsi, par exemple, dans le cas où les créanciers du mari veulent faire tomber à leur égard

une séparation de biens non exécutée dans la quinzaine (35). Néanmoins, dans la majorité des cas, une action est indispensable; elle diffère selon qu'il s'agit d'un jugement ou d'un autre acte juridique, et cette distinction nous dicte notre plan : nous étudierons en deux paragraphes :

1° L'action en inopposabilité pour fraude dirigée contre un acte juridique autre qu'un jugement;

2° L'action en inopposabilité pour fraude dirigée contre un jugement.

§ I. — ACTION EN INOPPOSABILITÉ POUR FRAUDE DIRIGÉE CONTRE UN ACTE JURIDIQUE AUTRE QU'UN JUGEMENT.

Cette action est dans la très grande généralité des cas celle qui résulte de l'article 1167, c'est-à-dire l'action Paulienne; les textes particuliers que nous avons cités ne font qu'y apporter des modifications de détail quant à la titularité ou à l'exercice, créant ainsi à côté d'elle toute une série de petites actions analogues, suivant en principe les mêmes règles qu'elle. C'est donc elle que nous devons étudier maintenant, en signalant au fur et à mesure les dérogations apportées au droit commun par les textes spéciaux. Cette matière étant des plus connues, nous nous bornerons aux trois questions suivantes :

A. — Contre qui est exercée l'action ?

B. — Quelle est la preuve à faire ?

C. — Quand doit être exercée l'action ?

(35) Aubry et Rau, VIII, § 516, texte et note 40; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 959; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 718 *in fine*. — Req., 15 janv. 1843, S., 43. 1. 445, D., 43. 1. 174; Req., 28 avr. 1879, S., 81. 1. 69, D., 79. 1. 301.

A. — *Contre qui est exercée l'action ?*

Il ne s'agit pas ici de revenir sur ce que nous avons déjà dit à propos des sujets passifs de l'inopposabilité. Nous plaçant à un point de vue purement procédural, nous voulons seulement rechercher comment en pratique s'intentera l'action Paulienne. Tendante à faire tomber un acte passé entre le débiteur et un tiers, elle doit être exercée contre ces deux personnes⁽³⁶⁾, et quoiqu'en pratique ce soit seulement à l'encontre du tiers bénéficiaire qu'elle présente de l'intérêt, les créanciers ne peuvent agir *de plano* contre lui sans avoir poursuivi le débiteur lui-même. Avec M. Japiot, « nous croyons que l'on peut soutenir la nécessité d'une action personnelle préalable ou au moins jointe et d'un jugement à obtenir contre le débiteur lui-même, sans recourir comme M. Planiol à l'idée de réparation du préjudice né d'un délit ».

C'est qu'« il s'agit pour le créancier de lever l'obstacle que met à l'exercice de son droit de gage un lien contractuel existant entre d'autres personnes, sans que cette existence *inter partes* doive cesser pour autant. C'est donc à ce lien contractuel que le créancier va s'en prendre par une action purement personnelle, puisqu'il n'a aucun droit réel et met seulement en jeu une prérogative spéciale qui assure l'efficacité de son gage général. Il va démontrer qu'à son égard le lien contractuel doit être tenu en échec et faire opérer ainsi une réduction à son profit des effets de l'acte valable *inter partes*. C'est là proprement l'action Paulienne, par laquelle s'exerce le droit de critique spécial de l'article 1167, droit à l'inopposabilité, accessoire du droit de gage

(36) Grouber, p. 403.

et par suite droit personnel comme lui. On ne la conçoit pas sans l'intervention du débiteur, puisque c'est lui qui a créé le lien contractuel attaqué et puisqu'il s'agit de mettre en jeu le droit de gage général du créancier, droit personnel existant exclusivement entre créancier et débiteur, susceptible d'atteindre le tiers seulement par l'intermédiaire du débiteur et si les conditions de l'action Paulienne sont vérifiées contre celui-ci.

» Mais à cette action purement personnelle peut être jointe une action réelle, car il ne suffit pas de faire déclarer le lien contractuel inopposable, il faut obtenir la destruction de l'effet spécial qui lésait le créancier, il faut que la chose cédée revienne au débiteur pour être saisie par le créancier. Et ainsi les créanciers, pour ce qui leur profite, font reconnaître le droit de propriété du débiteur et lui font restituer la chose conformément à ce droit de propriété. Nous croyons donc qu'il est impossible de ne pas voir à côté de la Paulienne proprement dite une action en revendication qui en est la conséquence, action du débiteur contre le tiers acquéreur, exercée obliquement par les créanciers. *Il y a par conséquent jonction d'une action personnelle contre débiteur et tiers avec une action réelle (si l'on attaque évidemment un acte relatif à un droit réel) contre le tiers seulement : c'est l'action mixte avec compétence facultative.* » (57).

En matière de renonciations, il faudra procéder de la même façon, c'est-à-dire en ajournant le renonçant et ceux auxquels son acte a profité, ses cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent par exemple (58).

(57) Japiot, p. 441, note 2.

(58) Aubry et Rau, IX, § 613, note 34; Colin et Capitant, III, p. 478; Dijon, 27 juill. 1898, D., 99. 2. 163.

B. — *Quelle est la preuve à faire ?*

De droit commun, celui qui émet une prétention doit la justifier. Celui qui voudra bénéficier de l'inopposabilité pour fraude ne devra donc pas seulement démontrer qu'il est au nombre des personnes que nous avons énumérées comme susceptibles d'avoir intérêt à invoquer l'inopposabilité, il lui faudra prouver qu'il a réellement intérêt et que l'acte est frauduleux. Mais nous allons voir que si c'est bien le droit commun qui joue sur le premier point, sur le second, au contraire, il y a de notables exceptions.

Le demandeur doit tout d'abord justifier qu'il a réellement intérêt à se prévaloir de l'inopposabilité, et il ne pourra le faire qu'en démontrant le préjudice résultant pour lui de l'acte incriminé. Or, en notre matière, ceux qu'il s'agit de protéger sont le plus souvent des créanciers, c'est-à-dire dans la grande généralité des cas des individus ayant acquis seulement un *droit à une somme d'argent*. On peut dire alors qu'ils ne subissent pas de préjudice tant que leur débiteur reste en état de les payer, tant qu'il est *in bonis*; l'acte ne leur sera donc pas nuisible par lui-même et pour démontrer leur intérêt à l'attaquer, c'est l'insolvabilité du débiteur qu'ils devront prouver. Et en effet, jusqu'au moment où le patrimoine du débiteur se révèle insuffisant pour répondre de toutes les obligations contractées, quelle que soit la composition de ce patrimoine et les fluctuations qu'il subit, les créanciers n'ont pas d'intérêt juridique à élever des critiques. Cette insolvabilité devra naturellement résulter de l'acte lui-même ou s'y rattacher d'une façon étroite : c'est ainsi, par exemple, qu'une renonciation à prescription, accomplie en période de prospérité, ne saurait plus tard être attaquée par un créancier si,

postérieurement, le débiteur n'est plus en état de faire face à ses obligations (59).

Cette règle que les créanciers de sommes d'argent doivent, pour attaquer les actes passés par leur débiteur en fraude de leurs droits, prouver son insolvabilité, subit une légère exception en droit commercial : en matière de faillite, ce qu'il faut prouver, c'est non pas l'insolvabilité, mais la cessation des paiements. Si les deux choses ne se confondent théoriquement pas (60), il ne faut cependant pas exagérer cette différence : « Une faillite se liquidant à 100 p. 100 est une rareté, écrivent MM. Thaller et Percerou, et, en fait, la suspension des paiements se confond presque toujours avec l'insolvabilité. Quand la première est démontrée, on peut tenir la seconde comme infiniment probable. D'ailleurs, on se contente, pour l'exercice de l'action Paulienne, d'une insolvabilité présumée d'après certains signes extérieurs, variables avec la qualité civile ou commerciale du débiteur, et qui, précisément quand il s'agit d'un commerçant, consistent dans la cessation des paiements. « Si la faillite par elle-même, a-t-on écrit, à cet » égard, ne prouve pas l'insolvabilité, elle la fait du moins » légalement présumer et autorise l'action Paulienne. » De sorte qu'à ce premier point de vue l'utilité des articles 446 et suivants n'apparaît pas bien, puisque la preuve de l'insolvabilité exigée pour l'exercice de l'action Paulienne se ramène en fait à celle de la cessation des paiements. » (61).

Mais, au lieu de créanciers de sommes d'argent, on peut se trouver en face de personnes qui ont acquis un *droit sur*

(59) Civ., 21 déc. 1839, D., 61. 1. 263.

(60) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, nos 570 et 668; *Traité élémentaire*, n° 1708.

(61) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 570.

un corps certain, droit compromis par l'acte intervenu. La preuve du préjudice sera alors beaucoup plus facile, car il résultera de l'acte lui-même, indépendamment de toute question d'insolvabilité. C'est ce qu'a notamment reconnu un arrêt de la Cour de Paris du 5 juillet 1926 (62) à propos d'un bénéficiaire de promesse de vente lésé par un bail frauduleusement passé par son auteur : « Considérant que tout créancier est en droit d'attaquer les actes accomplis par son débiteur en fraude de ses droits, si de ces actes il est résulté un préjudice pour lui; que dans le cas ordinaire, l'obligation ayant pour objet une somme d'argent, le préjudice résultant pour le créancier des actes de son débiteur consiste dans une diminution du patrimoine sur lequel porte son gage général à lui créancier, et qu'ainsi le créancier agissant par la voie de l'article 1167 ne saurait en général faire la preuve exigée d'un préjudice réellement subi sans prouver en même temps l'insolvabilité du débiteur; mais qu'il en est autrement lorsque le droit personnel du créancier a pour objet une chose déterminée et particulière, le créancier étant alors lésé par la disparition de cette chose, quel que soit par ailleurs l'état de l'ensemble du patrimoine du débiteur... » La Cour en a donc conclu que le bail frauduleux était *par lui-même* inopposable au créancier de la promesse.

Si en principe, donc, les créanciers doivent prouver l'insolvabilité, il n'en est pas toujours ainsi. *Et cette preuve ne se comprendrait plus quand il s'agit de titulaires du droit de critique qui ne sont pas des créanciers.* C'est ainsi qu'en matière de renonciation à prescription il ne saurait être question de prouver l'insolvabilité lorsque l'action est intentée par une caution, un codébiteur solidaire ou encore

(62) D. H., 1926, p. 472; *Rev. trim.*, 1927, p. 216.

un héritier. De même, la femme qui accepte la communauté et agit en tant que copropriétaire pour faire déclarer inopposable à son égard un acte frauduleux du mari, n'a pas besoin de prouver que ce dernier est insolvable (63). Une telle preuve ne pourrait être exigée que si la femme se présentait comme créancière de reprises en valeur; l'insolvabilité n'existera alors que « lorsque l'actif commun, joint à l'actif propre du mari, sera insuffisant pour remplir la femme de ses reprises en valeur ».

On se trouve donc, quant à ce premier point relatif à la preuve de l'intérêt, en face de cette curieuse situation que tous les demandeurs, tout en ayant théoriquement le même droit à l'inopposabilité, ne pourront l'exercer qu'en faisant des preuves différentes.

Quant au second point, celui de la preuve de la fraude, il faut distinguer selon les hypothèses, car si dans la plupart des cas cette preuve est nécessaire conformément au droit commun, dans d'autres, au contraire, le demandeur bénéficiera de présomptions de fraude.

La nécessité de prouver la fraude découle, d'après la Doctrine et la Jurisprudence, du texte général de l'article 1167; dans toutes les hypothèses où un texte spécial ne vient pas dispenser de cette démonstration, il faudra donc la faire. C'est ce qui se passera, par exemple, quand une femme mariée attaque les actes de son mari : « L'acte frauduleux étant un acte qui, par sa nature, rentre dans les pouvoirs du mari, il incombe à la femme ou à ses héritiers de prouver la fraude du mari; tant que cette preuve n'est pas faite, l'acte doit être tenu pour licite. » (64). Au contraire, s'il

(63) Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 546, p. 611.

(64) Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n° 548, p. 613; Cf. Colin et Capitant, I, p. 238.

s'agit de donations interdites par l'article 1422 « leur excès même suffit à établir la fraude, sans que la femme ou ses héritiers soient tenus de prouver l'intention frauduleuse du mari » (65).

Mais si en principe la preuve de la fraude est requise, la Doctrine et la Jurisprudence facilitent considérablement l'action du demandeur en tirant des présomptions de fraude des différents textes spéciaux que nous avons cités, quoiqu'à la vérité leur rédaction n'indique rien de pareil. C'est ainsi que le critiquant sera dispensé de cette preuve dans les cas visés par les articles 622, 788, 808, 882, 1053, 1464 et 2225 (66). De même si les créanciers doivent prouver la fraude des époux quand ils attaquent une séparation de biens régulière en la forme (67), s'ils invoquent au contraire le défaut d'exécution du jugement dans la quinzaine, ils bénéficient d'une présomption légale de fraude (68).

En matière de faillite, la preuve de la fraude est l'objet d'une réglementation particulière. De droit commun, les créanciers d'un commerçant ne peuvent attaquer ses actes frauduleux, comme ceux d'un débiteur quelconque, que

(65) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 532, p. 597; Agen, 11 févr. 1896, S., 99. 2. 73, note de M. Wahl, D., 97. 2. 513, note de M. de Loynes.

(66) Cf., pour l'article 622 : Aubry et Rau, II, p. 731; — Pour l'article 788 : Aubry et Rau, IX, § 613, p. 599; — Pour l'article 882 : Laurent, X, n° 534, p. 578; Aubry et Rau, X, § 626, p. 243; Colin et Capitant, III, p. 532; — Pour l'article 1464 : Aubry et Rau, VIII, § 517, note 22, p. 252; — Pour l'article 2225 : Laurent, XXXII, n° 240; Aubry et Rau, XII, § 775, notes 6 et 7; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 117.

(67) Colin et Capitant, III, p. 176; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 721, p. 82; Civ., 2 févr. 1870, D., 70. 1. 118; Civ., 14 mai 1879, S., 79. 1. 293, D., 79. 1. 341.

(68) Colin et Capitant, III, p. 174; Planiol, Ripert et Nast, *ibid.*, n° 718, p. 76.

par l'action Paulienne et en prouvant la fraude. Mais à partir de l'ouverture de la période suspecte le débiteur est présumé en fraude, ce qui permet, selon le droit commun, de faire tomber les actes à titre gratuit *ipso facto* (69) et les actes à titre onéreux (70) en démontrant la complicité du tiers (71); à partir du jugement déclaratif, la présomption légale de fraude pèse même sur le bénéficiaire des actes du failli, ce qui dispense de prouver qu'il connaissait la cessation des paiements.

Il y a donc, tant en droit civil qu'en droit commercial toute une série de présomptions de fraude. Mais qui dit présomption soulève immédiatement la question de savoir quelle en est la force. Est-ce une présomption simple ou irréfragable? L'auteur de l'acte pourra-t-il le faire maintenir *erga omnes* en prouvant qu'il l'a accompli de bonne foi, ou cette démonstration lui sera-t-elle interdite? La Jurisprudence et la grande majorité des auteurs se prononcent aujourd'hui pour le caractère irréfragable de la présomption, tant en droit civil (72) qu'en droit commercial (73).

C. — Quand doit être exercée l'action?

En général l'action en inopposabilité pour fraude peut être exercée dès la passation de l'acte et jusqu'à ce que la prescription mette fin à son exercice. Mais nous devons

(69) La loi leur assimile les paiements effectués avant l'échéance ou par dation et les sûretés réelles constituées pour dettes antérieurement contractées.

(70) Il en est de même pour les paiements.

(71) Complicité qui consiste ici dans la connaissance de la cessation des paiements et non de l'insolvabilité.

(72) Cf., pour l'art. 882 : Colin et Capitant, III, p. 532; — Pour l'art. 2223 : Aubry et Rau, XII, § 775, note 6; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 117. — *Contra* : Marcadé, art. 2223.

(73) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 93.

signaler une exception, au cas où le titulaire du droit à l'inopposabilité est une femme qui critique les actes frauduleux de son mari; la femme, comme nous l'avons vu, a en effet une double qualité pour agir; or son choix ne peut s'exercer qu'à la dissolution de la communauté et, par suite, c'est à ce moment seulement qu'elle pourra intenter l'action en inopposabilité. « Pendant la durée de la communauté, disent MM. Planiol, Ripert et Nast, la femme n'a aucune action pour attaquer les actes frauduleux du mari, car la recevabilité de son action dépend soit du parti qu'elle prendra à la dissolution, soit de la liquidation de ses reprises. En effet, si elle se plaint d'avoir été frustrée de sa part dans les biens communs, il faut pour que son action soit recevable qu'elle ait accepté la communauté (74). Si elle se plaint de ne pouvoir exercer ses reprises par suite de l'insolvabilité de la communauté, il n'est sans doute pas nécessaire qu'elle se porte acceptante, puisque même en cas de renonciation la femme peut avoir des reprises à exercer, mais c'est seulement à la dissolution que se fait la liquidation des reprises. » (75).

Néanmoins un arrêt de la Cour de Paris du 30 octobre 1924, confirmant un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 6 juin 1923, a décidé qu'en matière d'obligations et d'aliénations consenties frauduleusement par le mari pendant l'instance en divorce, l'action pouvait être intentée avant la dissolution de la communauté (76).

Après la dissolution de la communauté, si la femme se présente comme créancière, il est incontestable qu'elle ne

(74) Req., 31 juill. 1872, S., 73. 1. 117, D., 73. 1. 340.

(75) VIII, *Rég. matrim.*, n° 549, p. 614; Cf., pour l'article 1422, le n° 535; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n° 671.

(76) *Gaz. Pal.*, 1924. 2. 672.

pourra agir qu'après liquidations de ses reprises. Mais si elle invoque l'inopposabilité pour fraude en tant que copropriétaire de la masse commune, certains auteurs soutiennent qu'elle doit attendre le résultat du partage. C'est ainsi que MM. Planiol, Ripert et Nast écrivent à propos des libéralités prohibées par l'article 1422 : « Même si la femme ou ses héritiers acceptent, il faut, avant d'enlever les biens au donataire, attendre le résultat du partage. En effet, si le bien donné par le mari à un tiers tombe au lot du mari, le donataire est autorisé à le conserver comme l'ayant reçu de son vrai propriétaire, grâce à l'effet rétroactif du partage. C'est seulement au cas où le bien est mis au lot de la femme que l'action en nullité peut être utilement intentée. On devra donc procéder provisoirement à une réunion purement fictive du bien à la masse; puis on fera l'attribution des lots et selon le cas on fera tomber la donation ou on la laissera subsister. Son annulation est donc la conséquence et non le préliminaire du partage. » (77). Que le donataire ne puisse être évincé qu'après la mise du bien au lot de la femme, c'est incontestable. Mais comment admettre qu'il y aura réunion fictive du bien donné si la femme n'a pas préalablement agi pour faire tomber la libéralité ? Cela pourra bien arriver s'il s'agit d'une liquidation amiable et si les parties sont d'accord; mais une telle hypothèse est des plus exceptionnelles, car si les parties s'entendent quelquefois sur le principe, l'accord cessera dès qu'il s'agira de l'évaluation du bien donné.

Et à défaut d'entente ou en matière de partage judiciaire, le notaire ne peut de son propre chef comprendre l'objet de la libéralité dans la masse à partager; il n'a pas qualité non

(77) VIII, *Rég. matrim.*, n° 333, p. 600.

plus pour en effectuer la réunion fictive sur simple demande de la femme : quoique la preuve de l'intention frauduleuse du mari ne soit pas requise, le notaire ne peut se faire juge de la validité de la donation. Si donc il se trouve en présence d'une donation susceptible d'être révoquée par application de l'article 1422, il ne peut qu'arrêter provisoirement les opérations de liquidation et dresser un procès-verbal de difficultés. La femme doit alors s'adresser au Tribunal compétent qui statue sur la demande en inopposabilité et prononce, à son égard, la révocation de la donation; le notaire pourra ensuite, sur les bases du jugement, poursuivre ses travaux liquidatifs. C'est donc bien avant et non après le partage que doit être intentée l'action en inopposabilité.

Mais si telle est la théorie, en pratique et pour des considérations fiscales les choses ne se passeront pas ainsi, car la femme n'agira pas en inopposabilité. Le mari, qui a fait une donation au mépris des droits de sa femme, n'aura pas hésité à frauder également le fisc pour échapper aux droits élevés dont sont frappés les actes à titre gratuit (78); il aura alors déguisé sa libéralité, par exemple sous la forme d'une vente ne donnant ouverture en matière immobilière qu'à la perception d'un droit de mutation de 15 p. 100. Or, d'après l'article 137 du Code de l'enregistrement (L. du 13 juill. 1925, art. 44), « lorsqu'il est amiablement reconnu ou judiciairement établi que le véritable caractère des stipulations d'un contrat ou d'une convention a été dissimulé sous l'apparence de stipulations donnant ouverture à des droits moins élevés, il est dû un double droit en sus », double droit calculé sur la différence entre le droit

(78) 30 p. 100 entre frères et sœurs; 36 p. 100 entre oncles et neveux; 42 p. 100 entre parents au 4^e degré; 48 p. 100 entre personnes non parentes.

simple qui était exigible et celui qui a été perçu. Et la Jurisprudence, appliquant largement l'article 96 du Code de l'enregistrement (L. du 22 frim. an VII, art. 31) décide que *tous les droits et pénalités exigibles à l'occasion d'un jugement sont dus par la partie gagnante*, sauf recours contre son adversaire s'il est condamné aux dépens.

Par conséquent, lorsque la femme s'attaque à une donation faite en violation de l'article 1422 et déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, si le jugement en tant qu'il prononce la révocation de la libéralité n'est soumis qu'à un droit fixe (79), en tant, au contraire, qu'il reconnaît le déguisement, il pourrait donner lieu à l'application de l'article 137 du Code de l'enregistrement. La femme ou ses héritiers seraient alors débiteurs envers le Trésor de la pénalité prévue par ce texte, sauf leur recours contre le donataire et contre le mari, avec tous les risques d'insolvabilité qu'il comporte. Or une telle perspective les dissuadera toujours d'agir; si l'on suppose en effet une donation immobilière à un étranger (taux de 48 p. 100) déguisée sous forme d'une vente (taux 15 p. 100), le double droit s'élèvera à $(48 - 15) \times 2 = 66$ p. 100 auxquels il faut ajouter deux décimes et demi, soit 82,50 p. 100 de la valeur du bien litigieux, sans compter le droit fixe. Dans ces conditions, on comprend que la femme ou ses héritiers préfèrent s'entendre amiablement avec leurs adversaires ou renoncer à leur action.

(79) Art. 238, al. 3, C. enreg. (L. 18 janv. 1912) : « L'annulation, la révocation, la résolution ou la rescision (d'un contrat), prononcée pour quelque cause que ce soit par un jugement ou arrêt, ne donne pas lieu à la perception du droit proportionnel de mutation. »

§ II. — ACTION EN INOPPOSABILITÉ POUR FRAUDE DIRIGÉE
CONTRE UN JUGEMENT.

« Il arrivera dans bien des cas que l'acte juridique frauduleux qui lèse les personnes unies aux parties par un lien de droit soit un jugement. Rien de plus aisé, en effet, que de combiner avec un autre individu complice un procès où on se laissera condamner. Il n'était pas possible que le jugement ainsi obtenu au mépris de droits respectables fût à l'abri de toute attaque de la part de ceux auxquels il préjudiciait (80). » Aussi lorsque l'acte dont se plaignent ceux qui sont victimes d'une fraude est un jugement, deux moyens de protection sont prévus par la loi.

L'un est préventif : c'est l'intervention dans le procès en cours, permise à tout intéressé sur la base de l'article 339 du Code de procédure civile (81) et reconnue spécialement aux créanciers par l'article 618 du Code civil en matière d'usufruit, par l'article 882 en matière de partages de succession, et par l'article 1447 en matière de séparation de biens.

Mais, à côté, l'on trouve un moyen répressif, *la tierce opposition pour fraude*, « sorte d'action en déclaration d'inopposabilité qui, à l'égard des jugements, est symétrique de l'action Paulienne en matière de contrats » (82). A la différence de la tierce opposition ordinaire, donnée aux tiers proprement dits, aux *penitus extranei*, cette voie de

(80) Costes, *La protection des droits des tiers, spécialement devant le juge des référés* (Rev. trim., 1924, p. 298-299).

(81) Civ., 1^{er} juin 1891, S., 91. 1. 401, D., 92. 1. 212; Orléans, 31 mars 1892, D., 92. 2. 363; Civ., 30 juill. 1900, S., 02. I. 225, note de M. Wahl, D., 01. 1. 317.

(82) Japiot, Rev. trim., 1923, p. 423.

recours appartient à des personnes qui ne peuvent user de l'autre parce qu'elles n'ont pas la qualité de tiers, ayant été représentées au jugement par un des plaideurs, mais qui veulent échapper aux effets de cette représentation en montrant qu'elles ont été victimes d'une fraude. Le plaideur qui a succombé n'ayant eu mission de les représenter qu'à la condition d'agir de bonne foi, ces personnes soutiennent donc qu'elles n'ont pas été représentées en justice comme elles auraient dû l'être : cette tierce opposition pour fraude est par suite un moyen de se faire reconnaître la qualité de *penitus extraneus*, et non d'ayant cause, et par là de se placer dans le domaine de la tierce-opposition proprement dite et de l'article 1351.

Comme l'action Paulienne et à la différence de la tierce-opposition ordinaire, la tierce-opposition basée sur la fraude est toujours obligatoire : elle doit être intentée pour faire tomber le jugement; les personnes qui y ont droit ne peuvent se comporter comme si le jugement n'existait pas et l'écarter purement et simplement si on le leur oppose. « Le jugement n'a pas porté sur la chose ou sur le droit d'un tiers. Il ne peut s'agir pour la personne représentée d'invoquer l'article 1351 : elle doit subir les actes faits par son auteur ou son représentant. Pour échapper à cette conséquence de la situation d'ayant cause, il lui faut prouver le dol ou la fraude qui ne se présument pas; en d'autres termes, le jugement lui est opposable tant qu'elle n'a pas démontré son caractère frauduleux. Etant tenue d'attaquer ce jugement, elle ne peut le faire que d'après la marche et les règles tracées par le Code de procédure au titre de la tierce-opposition. » (83).

(83) A. Tissier, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, Paris, 1890, p. 95.

Cette tierce-opposition n'étant pour les jugements que ce que l'action Paulienne est pour les autres actes juridiques, les mêmes conditions seront nécessaires : « Le tiers opposant n'est recevable que dans les mêmes cas où le créancier l'est en matière de conventions quand il veut user de l'article 1167 du Code civil. » (84). Il devra donc prouver :

1° Qu'il est ayant cause de l'une des parties ou qu'il a été représenté par elle, et qu'il rentre dans les personnes que nous avons énumérées section I;

2° Que le jugement lui a causé un préjudice;

3° Qu'il a été victime d'une fraude, sauf à bénéficier des présomptions établies par la loi.

(84) Tissier, p. 224.

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-À-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

A l'égard du tiers qui a intenté l'action en inopposabilité pour fraude, l'effet du jugement consacrant sa prétention est d'empêcher l'acte de lui nuire. Comme ce tiers ne subissait de préjudice qu'à raison du lien de droit l'unissant à l'auteur de l'acte et l'obligeant à supporter les répercussions de ses agissements, le meilleur moyen de le protéger était de rompre ce lien en sa faveur et de le décharger par là des obligations qui lui incombaient. Au lieu d'être tenu de respecter l'acte frauduleux, il peut, au contraire, le considérer comme non avenu et en repousser tous les effets qui peuvent lui porter préjudice : à son égard l'acte est rétroactivement⁽⁸⁵⁾ révoqué, d'où le nom d'action révocatoire donné à l'action Paulienne, et tout est fictivement remis dans le *statu quo ante*⁽⁸⁶⁾; l'appauvrissement est censé ne pas s'être effectué, la valeur sortie du patrimoine du *fraudator* est considérée comme y figurant toujours : « C'est une fiction, mais une fiction légale et efficace. »⁽⁸⁷⁾.

(85) Grouber, p. 409; Req., 11 nov. 1878, S., 79. 1. 137, D., 80. 1. 323.

(86) Req., 31 juill. 1872, S., 73. 1. 117; Req., 11 nov. 1878, précité; Pau, 17 déc. 1890, D., 92. 2. 18; Civ., 7 mai 1894, D., 94. 1. 503.

(87) Baicoianu, p. 71. Il en résulte que les créanciers peuvent réclamer les biens en nature, et n'ont même pas le droit d'en demander le prix, si ces biens existent encore dans le patrimoine du bénéficiaire de l'acte frauduleux. Trib. comm. Vienne, 8 déc. 1927, D. H., 1928, p. 63.

C'est ainsi qu'après avoir exercé l'action en inopposabilité pour fraude, les créanciers de celui qui a renoncé à un usufruit peuvent considérer cet usufruit comme figurant toujours dans le patrimoine de leur débiteur et le saisir pour le faire vendre et se payer sur le prix.

Il en sera de même pour les créanciers de celui qui a renoncé à une succession; mais ils ne deviennent pas héritiers en son nom et par suite leur acceptation n'empêche pas la vacance de la succession; comme ils ne peuvent se payer que sur la part de leur débiteur, il leur faudra d'abord la faire fixer et pour cela faire procéder au partage comme s'il était acceptant : ils sont donc obligés de tenir compte de la part du renonçant dans les charges de la succession et des rapports qu'il aurait dû effectuer (88).

De même en matière de renonciation à substitution, les créanciers du grevé pourront saisir les biens substitués et les faire vendre, mais sous réserve de l'éventualité d'une résolution du droit des adjudicataires sur saisie si l'appelé survit au grevé; au cas contraire, ceux-ci verront leurs droits définitivement consolidés, car, à leur égard, la substitution est caduque : les héritiers de l'appelé recueilleront dans son patrimoine les biens substitués, mais seulement sous réserve des droits acquis par les tiers du chef du grevé (89).

En matière de paiements faits par l'héritier bénéficiaire au mépris d'une opposition, les créanciers opposants pourront, grâce à l'inopposabilité, considérer les sommes versées par l'héritier comme étant toujours en sa possession : le paiement n'a pas l'effet libératoire qu'il aurait eu *erga omnes* s'il avait été régulièrement effectué et l'héritier

(88) Aubry et Rau, IX, § 613, p. 600; Esmein, note au S., 1901. 1. 449.

(89) Colin et Capitant, III, p. 971.

pourra être contraint de payer une seconde fois sur sa propre fortune (90).

S'il s'agit d'une femme qui attaque les actes frauduleux de son mari, on dit généralement « qu'en ce qui concerne de pareils actes, la femme est un véritable tiers » (91). L'inopposabilité de l'opération à son égard lui permettra soit, si les conditions exigées pour que l'action puisse être exercée contre les tiers sont réunies, de faire rentrer effectivement dans la communauté le bien qui en était sorti, soit, si elle se présente comme copropriétaire, de ne faire rentrer le bien que fictivement dans la masse à partager, ce qui aboutira à mettre une indemnité à la charge du mari ou de sa succession (92). Et Pothier écrivait déjà à propos des donations que prohibe aujourd'hui l'article 1422 : « Elles ne peuvent porter aucun préjudice à la femme et elles doivent en conséquence être censées faites sur la seule part du mari dans les biens de la communauté. C'est pourquoi au partage des biens de la communauté, qui doit se faire après sa dissolution, le mari ou ses héritiers doivent en faire récompense, en rapportant par fiction à la masse de la communauté le montant desdites donations, lequel doit être précompté sur la part du mari. » (93).

Enfin, en matière de faillite, on admet également que le débiteur cesse de représenter ses créanciers et que la masse se trouve par rapport à ses actes dans la même situation qu'un tiers : « Aussi longtemps que le commerçant était à la tête de ses biens, ses créanciers étaient ses ayants cause,

(90) Japiot, p. 362, note 3.

(91) Req., 31 juill. 1872, S., 73. 1. 117; Trib. civ., Valence, 9 juin 1925, *Gaz. Pal.*, 25. 2. 337.

(92) Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 349, p. 615.

(93) *Traité de la communauté*, édit. Bugnet, VII, n° 406.

subissant et respectant ses actes..., écrivent MM. Thaller et Percerou. Le négociant a géré son patrimoine au nom de ses créanciers comme au sien. Maintenant que le patrimoine est immobilisé, le débiteur n'a plus cette qualité. Ses opérations à venir sont censées frauduleuses, la masse peut les méconnaître toutes. Ne plus pouvoir accomplir un acte pécuniaire opposable à ses créanciers, c'est cesser de les représenter. » (94-95).

L'inopposabilité se traduit donc pratiquement par l'inefficacité de l'acte frauduleux, mais bien entendu dans la mesure seulement où il nuisait au tiers protégé (96). C'est ainsi, par exemple, que s'il s'agit d'un paiement fait malgré opposition (art. 808), l'opposant ne pourra exiger le montant de la totalité de sa créance, mais seulement une somme égale au dividende qu'il aurait obtenu dans une distribution régulière.

Il faut noter que cette inopposabilité frappe l'acte tout entier et non pas simplement l'appauvrissement ou l'aliénation. Aussi le tiers ne pourra-t-il jamais cumuler les avantages résultant de l'inopposabilité et ceux découlant de l'acte frauduleux, car une institution destinée simplement à le protéger ne doit pas se transformer pour lui en source d'enrichissement (97). C'est ainsi que, quand le débiteur a vendu un bien, l'acquéreur pourra demander qu'on lui tienne compte de ce qu'il a versé, dans la mesure où le

(94) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 1703; Cf. Civ., 1^{er} août 1885, D., 65. 1. 356.

(95) Au sujet des effets, à l'égard de la masse, des jugements obtenus par le failli ou contre lui, cf. Japiot, *Rev. trim.*, 1927, p. 244.

(96) Art. 788, al. 2; Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 53; Colin et Capitant, II, p. 60; — Req., 4 févr. 1889, D., 89. 1. 313; Lyon, 22 févr. 1893, D., 94. 2. 490.

(97) Pau, 2 avr. 1879, S., 82. 2. 145, note Labbé, D., 81. 2. 73; Lyon-Caen et Renault, VII, n° 398 bis.

prix payé a profité aux créanciers (98); de même si le prix a servi à désintéresser des créanciers préférables (99); de même encore « si au lieu de supposer une vente on suppose un échange, il est évident que les créanciers ne pourront pas à la fois saisir le bien aliéné par leur débiteur et le bien par lui acquis en contre-échange » (100) : à l'égard des créanciers qui invoquent l'inopposabilité ce dernier bien continue à appartenir au coéchangiste.

Rappelons en terminant que les effets de l'inopposabilité pour fraude sont purement relatifs et ne se produisent qu'à l'égard du tiers qui a intenté l'action : « Les créanciers demeurés étrangers au jugement qui prononce, par application de l'article 1167 du Code civil, la révocation d'un acte accompli frauduleusement par le débiteur, ne sont pas admis à réclamer le bénéfice de ce jugement; l'effet de celui-ci se restreint, comme celui de toute décision judiciaire, aux parties qui ont figuré dans l'instance ou y ont été représentées. » (101).

Ainsi chaque créancier devra intenter une action en inopposabilité ou intervenir dans une instance en cours; tous les demandeurs seront alors placés dans la même situation, sans qu'il y ait aucun privilège pour celui qui a agi le premier.

(98) Demolombe, XXV, n° 256; Aubry et Rau, IV, § 313; Pau, 2 avr. 1879, précité.

(99) Lyon, 20 déc. 1854, sous Cass., 21 juill. 1857, D., 57. 1. 405.

(100) Grouber, p. 420; Pau, 2 avr. 1879, précité.

(101) Civ., 4 déc. 1923, D. H., 1924, p. 22, *Gaz. Pal.*, 1924. 1. 142. Cf. Aubry et Rau, IV, p. 235; Colin et Capitant, II, p. 60-61. — Cf., pour l'article 788 : Req., 2 mai 1899, D., 1900. 1. 217, note de M. Planiol; — Pour l'article 808 : Laurent, X, n° 158; Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 56; — Pour l'article 882 : Laurent, X, n° 330; Aubry et Rau, X, § 626, note 65; Paris, 23 déc. 1897, D., 98. 2. 488; — Pour l'article 1444 : Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, II, n° 962 bis; Planiol, Ripert et Nast, IX, n° 718, p. 78, note 2.

Cependant, si le créancier qui a intenté l'action est obligé de partager avec ceux qui, de leur côté, ont agi, les créanciers du bénéficiaire de l'acte frauduleux ne sauraient venir en concours avec lui : c'est qu'à son égard, le bien est toujours dans le patrimoine de son débiteur, et les créanciers d'un tiers ne peuvent avoir aucun droit qui lui soit opposable; n'ayant jamais fait partie du patrimoine du bénéficiaire, le bien ne saurait figurer dans le gage des créanciers de ce dernier. Il n'y a, d'ailleurs, sur la question aucune décision de Jurisprudence, mais « l'absence de décisions prouve qu'on ne la considère pas comme discutable, qu'on la résout sans doute ni hésitation. Et on ne peut la résoudre que dans un seul sens, celui du droit de préférence des créanciers du débiteur *fraudator*. » (102).

Toutefois les créanciers du bénéficiaire de l'acte frauduleux pourront saisir le reliquat : *inter partes* l'acte est valable, pour le bénéficiaire et ses ayants cause le bien figure dans son patrimoine et ses créanciers peuvent le saisir, mais seulement dans la mesure où cela ne nuit pas au critiquant, car leur droit ne s'exerce ici que *secondairement*.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

A la différence de ce qui se passe en matière de nullité, entre l'auteur de l'acte frauduleux et celui qui en a bénéficié l'acte n'est pas détruit et doit, par conséquent, produire tous ses effets. Ceci découle du but même de notre action : introduite dans l'intérêt des tiers, elle n'a rien à changer dans les rapports des parties entre elles, rapports absolument indifférents au regard de ces tiers. Cette solution résulte d'ailleurs expressément de l'article 788 en matière de

(102) Grouber, p. 442.

renonciation à succession, et est unanimement admise pour tous les cas de fraude (103).

C'est ainsi que la renonciation à communauté subsiste dans les rapports de la femme et de son mari ou des héritiers de celui-ci, ou que l'acte passé en fraude des droits de la femme demeure entre le mari et le bénéficiaire (104). De même la renonciation à substitution produit tous ses effets entre les appelés et le grevé. Ces effets ne peuvent d'ailleurs être que provisoires : les appelés qui vivent au moment où s'ouvre la substitution se partagent les biens substitués, sauf à procéder à un nouveau partage à la mort du grevé, s'il a d'autres enfants ou si quelques-uns des appelés prédécèdent (105).

De même en matière de faillite : « Quand le failli passe des opérations au mépris du dessaisissement, celles-ci ne sont pas nulles vis-à-vis de lui. Elles sont valables à son égard comme elles le sont à l'égard de sa contre-partie. Le contrat lie les deux parties qui l'ont conclu et lorsque la faillite ou la liquidation judiciaire auront pris fin, il s'exécutera dans les rapports des deux contractants sans que ni l'un ni l'autre soit fondé à le faire tomber. » (106). « Aussi malgré la nullité des hypothèques, l'inscription ne peut-elle être radiée, puisque l'hypothèque subsiste à l'égard du failli,

(103) Colin et Capitant, II, p. 60-61; Planiol, II, n° 331; Acher, *Rev. trim.*, 1906, p. 106; Delastre, *De l'extinction de l'usufruit*, thèse Paris, 1884, p. 176; — Req., 31 juill. 1872, S., 73. 1. 117; Civ., 7 mai 1894, S., 98. 1. 510, D., 94. 1. 505.

(104) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 671; — Req., 31 juill. 1872, précité.

(105) Planiol, III, n° 3327; Colin et Capitant, III, p. 970.

(106) Thaller et Percerou, *Faillites*, I, n° 494; Cf. n° 94, 486 bis, 630; Wahl, n° 2264; Japiot, p. 516; — Req., 2 mai 1911, D., 13. 1. 395; Trib. civ. de l'Hérault, Sect. de Montpellier, 30 déc. 1927, D. H., 1928, p. 207.

et, par conséquent, frappe ses immeubles pour le cas où ils ne seraient pas absorbés par la masse. A plus forte raison en est-il ainsi d'une hypothèque frappant les biens à venir, c'est-à-dire les immeubles qui pourront advenir au failli après que la masse n'existera plus : telle est l'hypothèque judiciaire. » (107).

De même encore, lorsque les créanciers attaquent une séparation de biens pour exécution tardive du jugement, la séparation ne disparaît qu'à leur égard et produit tous ses effets entre les époux (108).

Mais si tel est le principe, il y a *en fait* de graves dérogations : si, théoriquement, les effets de l'acte ne sont anéantis que vis-à-vis du tiers à protéger, pratiquement le bénéficiaire de l'acte se trouve lésé. C'est ainsi que le nu propriétaire, le cohéritier, le mari, qui auraient profité de la renonciation à l'usufruit, à la succession ou à la communauté, vont être, en réalité, dépouillés de ce bénéfice jusqu'à concurrence du montant des dettes du renonçant. Et dès lors la question se pose de savoir ce que devient l'acte. Deux hypothèses peuvent se présenter :

A. — *L'acte subsiste et c'est seulement son exécution qui est entravée.*

Si l'action en inopposabilité est intentée avant l'exécution, elle y met obstacle et le bénéficiaire de l'acte, qui pouvait exiger une prestation en nature, ne l'obtiendra plus que dans la mesure où elle est encore possible, c'est-à-dire où elle ne nuit pas au tiers. Ainsi, après exercice de l'action Paulienne, l'immeuble aliéné par le débiteur est saisi et

(107) Wahl, n° 2264; Montpellier, 9 juill. 1908, S., 10. 2. 145, note de M. Bourcart.

(108) Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 718, p. 79; Req., 10 mai 1875, S., 75. 1. 292, D., 76. 1. 430.

vendu par ses créanciers; puis, plus tard, le débiteur le rachète : le tiers acquéreur aura le droit de demander la délivrance de cet immeuble même. Pour ce qu'il ne peut recevoir en nature, le bénéficiaire aura droit à une prestation en équivalent.

Si, au contraire, l'action en inopposabilité est exercée après exécution de l'acte frauduleux, c'est d'une éviction qu'il s'agit et la question se pose de savoir si le bénéficiaire de cet acte n'a pas un recours contre l'auteur. Remarquons tout d'abord que, dans la majorité des cas, le problème est dénué de toute importance pratique : celui qui invoque l'inopposabilité est le plus souvent, nous l'avons vu, un créancier de somme d'argent, ne pouvant agir qu'après avoir démontré l'insolvabilité de son débiteur, insolvabilité qui rend illusoire tout recours de la part du tiers bénéficiaire, à moins que le *fraudator* ne revienne plus tard à meilleure fortune. Mais la question présente cependant de l'intérêt s'il s'agit d'un créancier de corps certain qui éprouve un préjudice par suite de la passation même de l'acte : l'action en inopposabilité ne suppose pas alors nécessairement l'insolvabilité et le recours du bénéficiaire pourra lui procurer quelque avantage.

Pour déterminer si ce recours existe, on a l'habitude de procéder à une distinction. S'il s'agit d'un acte à titre onéreux, le tiers, dit-on, aura naturellement contre le *fraudator* un recours en garantie, alors qu'à propos des actes à titre gratuit la théorie de la garantie ne saurait jouer, sauf bien entendu stipulation expresse (109). Cette solution ne nous paraît malheureusement pas exacte. En matière d'actes à titre onéreux, l'action en inopposabilité pour fraude n'est possible, nous l'avons dit, que si le cocontractant est

(109) Colin et Capitant, II, p. 61; Baicoianu, p. 67.

de mauvaise foi, s'il est complice de la fraude. Cette complicité lui laisse-t-elle le droit à une action en garantie ? Nous ne le croyons pas : c'est par sa faute qu'il a rendu possible cette éviction, il savait à quoi il s'exposait et dès lors il n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir été évincé.

Mais, à défaut de cette action en garantie, on peut songer à une autre, proposée d'abord pour les actes à titre gratuit auxquels la théorie de la garantie ne saurait s'appliquer : ceux qui cherchent à assurer dans tous les cas un recours au bénéficiaire se sont placés sur le terrain du paiement pour autrui. C'est ainsi que MM. Aubry et Rau, en matière de renonciation à succession, enseignent que les cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent « sont autorisés à réclamer du renonçant le remboursement de toutes les sommes ou valeurs payées ou assignées à ses créanciers. Il ne se peut pas à notre avis, disent-ils, que l'héritier qui, par sa renonciation, a perdu tout droit sur les biens de la succession, en profite indirectement en ce qu'ils auraient servi à l'acquittement de ses dettes, sans qu'il ait à indemniser les autres héritiers de la perte de ces biens, devenus quant à lui leur propriété incommutable. Les héritiers acceptants ont la faculté d'arrêter l'action révocatoire en désintéressant les créanciers qui l'ont formée, et s'ils usent de cette faculté, ne jouiront-ils pas d'un recours contre le renonçant dont ils auront payé les dettes par une sorte de nécessité légale ? » (110).

Mais la solution contraire, déjà soutenue par Demolombe et par Laurent a été reprise plus récemment par MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl et par M. Planiol (111) : « Il faut

(110) IX, § 613, p. 660, texte et note 44; — Cf. Colin et Capitant, III, p. 479.

(111) Demolombe, XV, n° 89; Laurent, IX, n° 479; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, II, n° 1723; Planiol, note au D., 1900. 1. 217.

draît savoir, dit ce dernier, si les créanciers ont été réellement payés avec des biens appartenant aux cohéritiers du renonçant. Or c'est ce qu'il est impossible d'admettre. L'action Paulienne, qui implique l'annulation de l'acte frauduleux, n'est pas une fiction; cet acte est réellement cassé dans la mesure où il fait fraude aux droits des créanciers, et il est cassé contre ceux qui en ont profité puisque c'est contre eux que l'action existe. » Pour M. Planiol, donc, l'opération doit être envisagée de la façon suivante : « La renonciation de l'un des successibles étant frauduleuse, les créanciers demandent que les droits de leur débiteur soient réglés comme s'il avait accepté et afin de l'obtenir, ils font annuler sa renonciation et ils acceptent à sa place et pour lui. Le premier alinéa de l'article 788 le dit formellement. C'est donc d'une acceptation véritable qu'il s'agit et le règlement de la succession qui en est la conséquence est un règlement réel et sérieux, produisant ses effets pour tous les intéressés. »

De même, en matière de renonciation à communauté, on a soutenu que la renonciation n'étant annulée que vis-à-vis des créanciers de la femme, le mari ou ses héritiers pouvaient réclamer la restitution de ce qu'ils avaient payé à ces créanciers, les dettes de la femme ayant ainsi été acquittées avec leurs propres biens. A l'inverse, une doctrine opposée prétend que « la nullité de la renonciation fait revivre la communauté jusqu'à concurrence des dettes, comme le prouve l'article 1464 en autorisant les créanciers à accepter de leur chef cette communauté. Ce n'est donc point avec les biens propres des héritiers du mari, mais avec des biens communs, qu'est effectué le paiement des dettes de la femme » (112).

Que faut-il penser de cette théorie du paiement pour

(112) Cf. Dalloz, *Jurispr. gén.*, XII, V° *Contrat de mariage*, n° 2257.

autrui ? A notre avis, la solution découle du but même de l'inopposabilité : c'est une mesure de protection des tiers; c'est donc seulement vis-à-vis des tiers que joue la fiction légale par laquelle le bien est réputé figurer toujours dans un patrimoine dont, en réalité, il est sorti; entre les parties, ou plus généralement entre l'auteur et le bénéficiaire de l'acte, l'opération subsiste légalement avec ses pleins effets. *Ce sont donc effectivement des biens appartenant à un autre qu'au débiteur qui servent à désintéresser ses créanciers* : il y a donc réellement paiement pour autrui, paiement forcé il est vrai, mais qui n'en doit pas moins donner ouverture à un recours. Et comme le font remarquer MM. Colin et Capitant, à propos de l'article 788 : « Cette solution est la plus équitable; si on l'écartait, on arriverait, contrairement au texte formel de la loi, à faire bénéficier indirectement le renonçant de l'action Paulienne dirigée par ses créanciers contre sa renonciation. » (113).

Il est cependant un cas où la théorie du paiement pour autrui ne saurait jouer : c'est celui où un acte passé par le mari est attaqué comme fait en fraude des droits de sa femme agissant en tant que copartageante : le mari n'étant plus débiteur, la théorie du paiement pour autrui ne peut s'appliquer. Et cependant ne convient-il pas, ici aussi, d'accorder un recours qui, comme tout à l'heure, paraît équitable et conforme à l'intention ordinaire des parties ? Il y a les mêmes motifs de se décider; aussi, si certains auteurs le refusent (114), la plupart au contraire, ainsi que la Jurisprudence, en accordent un (115), en se basant sur le fait que

(113) III, p. 479.

(114) Laurent, XXII, n° 29; Wahl, note au S., 1899. 2. 73.

(115) Aubry et Rau, VIII, § 509, texte et note 16; de Loynes, note au D., 1897. 2. 513. Cf. Colin et Capitant, III, p. 138; Planiol, Ripert et Nast, VIII, n° 535, p. 604; — Nancy, 17 mai 1861, S., 61. 2. 473; Agen, 11 févr. 1896, D., 97. 2. 513.

le mari ne doit pas profiter de l'action intentée par sa femme et sur l'article 1423, texte exceptionnel qu'il conviendrait d'interpréter restrictivement.

B. — *L'acte lui-même disparaît.*

Le bénéficiaire de l'acte peut le faire tomber, s'il s'agit bien entendu d'un acte synallagmatique; il invoquera soit l'exception *non adimpleti contractus*, si le contrat n'a pas encore été exécuté, et il sera ainsi déchargé des obligations qui lui incombaient, soit l'action en résolution de l'article 1184, ce qui lui permettra de reprendre le bien qu'il a livré, même entre les mains d'un sous-acquéreur (116). Mais il faut noter qu'en matière de faillite « le contractant contre lequel la nullité est prononcée ne peut émettre la prétention de reprendre par préférence sa contre-prestation; par exemple, un acheteur obligé de rendre des objets acquis ou leur valeur ne peut ni réclamer par privilège le prix qu'il a versé, ni l'imputer sur la somme qu'il a à restituer; simple créancier, il viendra pour ce qui lui est dû au marc le franc » (117). Cette solution, contraire au principe que les créanciers ne doivent pas s'enrichir grâce à l'acte frauduleux, ne peut s'expliquer que par la notion d'égalité qui domine toute la matière des faillites.

(116) Pau, 2 avril 1879, S., 82. 2. 143, note Labbé; D., 81. 2. 73; Toulouse, 30-janvier 1900, S., 1900. 2. 236.

(117) Wahl, n° 2257; Req., 18 mars 1892, S., 96. 1. 220, D., 92. 1. 463, note de M. Boistel.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

L'inopposabilité pour fraude est-elle susceptible de disparaître ? On pourrait, à première vue, penser que non, car aucun événement postérieur ne peut effacer l'intention coupable de l'auteur de l'acte frauduleux. Mais cependant l'on conçoit bien que le titulaire du droit à l'inopposabilité renonce à s'en prévaloir ; de plus, on peut songer à la prescription qui, sans faire disparaître le vice dont est entaché l'acte, pourra mettre obstacle à l'exercice de l'action en inopposabilité ; puis, du fait que l'acte n'est critiquable que parce qu'il porte préjudice à un tiers, on conçoit aussi la disparition de l'inopposabilité par suite de la disparition de ce préjudice, c'est-à-dire par le désintéressement du tiers. Enfin on peut se demander si l'exécution de l'acte frauduleux ne met pas, elle aussi, obstacle dans une certaine mesure à l'exercice de l'action en inopposabilité. Reprenons ces différentes questions.

§ I. — RENONCIATION DU TIERS.

L'ayant droit à l'inopposabilité peut toujours renoncer à l'action qui lui appartient et par là conférer à l'acte une pleine efficacité à son égard. En effet, c'est dans le simple intérêt privé des tiers que cette protection est établie et l'ordre public ne saurait s'opposer à une pareille renoncia-

tion, qu'elle intervienne après la passation de l'acte ou même avant, le bénéficiaire éventuel de l'inopposabilité donnant son consentement à l'acte qui lui sera préjudiciable (118). Mais, comme nous l'avons fait remarquer à propos du défaut de publicité, « le tiers ne pourrait consentir une confirmation générale sans porter atteinte à l'ordre public. Car si la confirmation n'est pas spéciale, elle ne constitue plus la renonciation à un avantage accordé au tiers confirmant par le jeu des règles légales : elle ne tend à rien moins qu'à supprimer la règle légale elle-même, à heurter de front la volonté du législateur qui a été de permettre au tiers de critiquer les actes au fur et à mesure qu'ils prennent une forme concrète » (119).

C'est ainsi qu'en notre matière « un créancier ne pourrait renoncer à attaquer par l'action Paulienne tout acte, quel qu'il soit, passé par son débiteur, soit que ce créancier veuille renforcer le crédit du débiteur, en consentant d'avance cette renonciation pour lui permettre de continuer ses affaires même en passant avec des tiers au courant de la situation des actes qui diminuent le gage, soit que le créancier renonce à attaquer tous actes antérieurement passés. » (120).

Notons enfin que la confirmation n'a qu'un effet relatif : elle ne lie que celui dont elle émane et un créancier qui renonce à l'action Paulienne, par exemple, ne saurait rendre l'acte opposable aux autres (121). Par suite, pour que

(118) Baïcoianu, p. 51. C'est ainsi que tout le monde admet la validité d'une donation de biens communs faite par le mari avec le consentement de la femme ou conjointement par les deux époux : Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, nos 673-74; Req., 31 juill. 1867, D., 68. 1. 209.

(119) Japiot, p. 756-757; Cf. *supra*, p. 102.

(120) Japiot, p. 757, note 1.

(121) Japiot, p. 788.

l'acte devienne pleinement efficace *erga omnes*, il faudra que tous les ayants droit l'aient confirmé.

§ II. — PRESCRIPTION.

Tout le monde admet que l'inopposabilité pour fraude est prescriptible en elle-même. Le délai au bout duquel l'acte sera inattaquable est généralement fixé à trente ans⁽¹²²⁾ et il en est ainsi que l'acte frauduleux soit un acte juridique ou un jugement. Cependant, quand les créanciers du mari attaquent une séparation de biens régulière en la forme (art. 1447), l'article 873 du Code de procédure réduit à un an le délai de la tierce-opposition pour éviter une incertitude trop prolongée sur la capacité de la femme et le régime matrimonial des époux.

Cette prescription court du jour de l'acte frappé d'inopposabilité, paiement malgré opposition, renonciation, etc. Cependant quand l'action ne peut être intentée qu'à partir

(122) Cf., pour l'article 243 : Japiot, p. 880, note 1; — Pour l'article 788 : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, II, n° 1725; — Pour l'article 808 : Demolombe, XV, n° 305; Laurent, X, n° 163; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *ibid.*, n°s 1426 et 1432; Planiol, III, n° 2153; — *Contra*, Aubry et Rau, X, § 618, texte et note 63, pour lesquels l'action contre les créanciers ou légataires payés au mépris de l'opposition se prescrit par trois ans à partir de l'apurement du compte et du paiement du reliquat; — Pour l'article 1167 : Colin et Capitant, II, p. 61; Acher, *Rev. trim.*, 1906, p. 106; Civ., 9 janv. 1865, S., 65. 1. 65, D., 65. 1. 19; — Pour l'article 1422 : Japiot, p. 880, note 2; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, I, p. 609, note 3; — Pour l'article 1444 : Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *ibid.*, II, n° 959; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, IX, n° 718; Wahl, note au S., 1897. 4. 23, col. 12. — Relativement aux autres cas, nous n'avons rien trouvé, mais il semble qu'il n'y ait pas de raison d'adopter une autre solution, principalement pour l'article 882, qui ne fait que soumettre l'action Paulienne à la nécessité d'une opposition préalable.

d'une date déterminée, comme l'action de la femme contre les actes frauduleux du mari, c'est seulement à partir de cette date que court la prescription : aussi cette action sera-t-elle imprescriptible tant que dure la communauté (123).

Mais, en dehors de cette prescription qui éteint l'action en inopposabilité elle-même, nous trouvons des prescriptions particulières qui jouent à côté d'elle et arrivent au même résultat. C'est tout d'abord la prescription extinctive du droit qui permettait d'invoquer l'inopposabilité : ainsi un créancier ne peut plus intenter l'action Paulienne quand sa créance est éteinte. Mais, en outre, on trouve aussi la prescription acquisitive du bénéficiaire de l'acte frauduleux; elle ne sera d'ailleurs guère utile, car on admet que son délai sera toujours de trente ans et que la prescription abrégée ne joue pas (124).

§ III. — DÉSINTÉRESSEMENT.

On admet couramment que le défendeur à l'action Paulienne peut l'écarter en désintéressant le demandeur, par exemple en offrant au créancier le montant de sa créance. C'est qu'en effet, l'action n'étant donnée qu'à raison du préjudice subi, lorsqu'il y a désintéressement une des conditions d'exercice de l'action disparaît. La même solution joue en ce qui concerne l'article 788 (125) et l'article 2225 et il n'y a aucune raison de l'écarter pour les autres cas puisque ce n'est que l'application de la règle « pas d'intérêt, pas d'action ».

(123) Art. 2256, 1^{er}; Planiol, Ripert et Nast, *Rég. matrim.*, VIII, n^o 535.

(124) Colin et Capitant, II, p. 61; Planiol, Ripert et Picard, *Les biens*, III, n^o 745; Civ., 9 janv. 1865, S., 65. I. 65, D., 65. I. 19.

(125) Aubry et Rau, IX, § 613, p. 600; Colin et Capitant, III, p. 478.

§ IV. — EXÉCUTION.

L'exécution de l'acte frauduleux met-elle obstacle à ce que les tiers puissent se prévaloir de l'inopposabilité de cet acte ? A notre connaissance, la question n'a été soumise aux tribunaux que pour la renonciation à prescription de l'article 2225 et la Cour de cassation l'a résolue par la négative⁽¹²⁶⁾; cette solution est également celle de Laurent⁽¹²⁷⁾ et nous ne voyons aucune raison de ne pas l'adopter.

(126) Civ., 21 mars 1843, Dalloz, *Jurispr. gén.*, V° *Prescription*, n° 437.

(127) XXXII, n° 249.

CHAPITRE V

INOPPOSABILITÉS POUR CLANDESTINITÉ

Lorsqu'un acte n'est pas soumis à publicité, il produit normalement ses effets à l'encontre des ayants cause des parties, que ceux-ci l'aient connu ou l'aient ignoré, que les parties l'aient révélé ou l'aient tenu secret. La clandestinité par elle-même ne met donc pas obstacle à l'efficacité d'un acte *erga omnes*. Il en est toutefois autrement en matière de contre-lettres : c'est qu'alors la clandestinité s'aggrave d'une simulation : les parties ne se contentent pas de dissimuler la convention conclue, elles passent encore ostensiblement un autre acte, afin de donner le change et de créer une situation apparente. Il y a donc contre-lettre lorsqu'un écrit, destiné à rester secret, modifie ou supprime les effets d'une convention conclue entre deux personnes.

Si l'on se demande pourquoi les parties procèdent ainsi, on se rend compte que la plupart du temps, c'est pour tromper les tiers : elles peuvent aussi bien faire au grand jour ce qu'elles font secrètement (car une contre-lettre contraire à l'ordre public est aussi nulle qu'un acte ostensible), et si elles recourent à l'emploi d'un écrit qu'elles tiennent caché, c'est en vue de frauder les intérêts des tiers (1). Le légis-

(1) Juille, p. 83.

lateur a donc cru bon d'intervenir, car « la loi se serait rendue complice du piège que leur a tendu la mauvaise foi des parties si elle avait permis de se servir à leur encontre de l'acte soigneusement dissimulé jusque-là... Les parties ont voulu feindre une situation contraire à la réalité, libre à elles; mais l'équité exige que les tiers puissent faire état de cette situation, œuvre des contractants. Si quelqu'un doit être pris au piège, que ce soient ses auteurs » (2). Aussi l'article 1321 déclare-t-il : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers. »

« L'hypothèse des contre-lettres est assez compliquée au point de vue qui nous occupe, parce qu'on y rencontre deux actes dont aucun n'est absolument efficace ni absolument inefficace et que l'efficacité de l'un existe dans la mesure où l'autre est inefficace. » Aussi aurons-nous à étudier deux sortes de questions, intimement liées mais qu'il est facile de distinguer si l'on examine quelle serait la situation sans l'article 1321 : l'acte apparent serait nul, ou même inexistant, pour défaut de volonté des parties, et cette inexistence aurait effet *erga omnes*; la contre-lettre au contraire serait absolument valable et produirait ses effets pour tous et contre tous. Mais pour la protection des tiers, l'article 1321 a apporté des dérogations à ces deux solutions : l'acte apparent est toujours nul, mais cette nullité est inopposable aux tiers qui ont ignoré la simulation; il s'agit donc ici d'une inopposabilité de nullité; quant à la contre-lettre, elle est valable, la simulation n'étant pas par elle-même une cause de nullité, mais elle est inopposable aux tiers; c'est cette seule question que nous avons à exa-

(2) Juille, p. 80.

miner ici. C'est bien en effet d'une inopposabilité qu'il s'agit, puisque la rédaction de l'article 1321 indique que l'on est en présence d'une inefficacité et puisque les parties ne peuvent invoquer aucun droit de critique ni à l'encontre des autres parties, ni à l'encontre des tiers (3).

(3) Japiot, p. 640, note 2.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

L'article 1321 a pour but la protection des tiers qui, ignorant la contre-lettre, ont traité sur la foi de l'acte ostensible. Ces tiers sont donc les ayants cause des contractants, auxquels l'acte serait normalement opposable, et qui subiraient un préjudice parce qu'ils ont été hors d'état de le connaître. Parmi les ayants cause, les successeurs à titre universel ne sauraient évidemment se prévaloir de l'article 1321 puisque la contre-lettre ne modifie pas leur situation : ils sont tenus comme leur auteur lui-même (4).

Les bénéficiaires de l'inopposabilité sont donc uniquement : a) les créanciers chirographaires des parties : ils peuvent repousser toute contre-lettre diminuant le patrimoine de leur débiteur, tel que l'acte ostensible passé par celui-ci en avait déterminé la consistance (5); b) les ayants cause à titre particulier des parties (6).

L'inopposabilité profitera non seulement aux ayants cause antérieurs à la passation de la contre-lettre, mais

(4) Civ., 18 mai 1897, S., 98. 1. 223, note de M. Tissier, D., 97. 1. 303, note de M. de Loynes.

(5) Aubry et Rau, XII, § 756 bis; Planiol, II, n° 1231; Colin et Capitant, II, p. 317; Piédelièvre, p. 244; Talon, *Des contre-lettres*, thèse Paris, 1904, p. 69 et s.; — Civ., 8 mars 1893, S., 93. 1. 193, D., 93. 1. 243; Req., 13 juill. 1896, S., 1900. 1. 483, D., 97. 1. 460; Req., 15 févr. 1897, D., 97. 1. 247.

(6) Aubry et Rau, *ibid.*; Juille, p. 86; Piédelièvre, p. 244; Talon, p. 60 et s.

aussi à ceux dont le droit n'a pris naissance que postérieurement si ce sont eux que la simulation a eu pour but de frustrer. Et en effet, si les contre-lettres sont souvent employées par un débiteur qui, sur le point de tomber en faillite ou en déconfiture, cherche malhonnêtement à mettre une partie de son actif à l'abri des poursuites de ses créanciers, souvent aussi elles servent à tromper les créanciers ou les acquéreurs futurs : c'est ainsi que pour se procurer un crédit imaginaire, une personne simule des acquisitions, abaisse fictivement le chiffre de ses dettes et élève celui de ses créances; ou encore, que pour aliéner un immeuble à meilleur compte, le propriétaire augmente le chiffre des loyers, tout en le maintenant à l'ancien taux par une contre-lettre.

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

L'article 1321 permet certainement aux tiers d'invoquer l'inopposabilité de la contre-lettre contre les parties. Mais leur permet-il également d'exercer leur droit de critique à l'encontre d'autres tiers ? Ceux-ci peuvent en effet avoir intérêt à établir la situation véritable, telle qu'elle résulte de l'acte secret, et on leur reconnaît à cette fin une action en déclaration de simulation, leur permettant de faire judiciairement reconnaître le mensonge et de faire proclamer par les tribunaux l'inexistence de l'acte ostensible par suite du défaut de volonté des parties.

Si l'on suppose alors qu'une personne a effectué une vente simulée, les ayants cause de l'acquéreur pourront se prévaloir de l'inopposabilité de la contre-lettre pour saisir le bien dans son patrimoine; mais les créanciers du vendeur pourront également, au moyen de l'action en déclaration de simulation, repousser l'acte apparent et invoquer la contre-lettre pour saisir de leur côté le bien aliéné. Dans ce conflit, qui doit l'emporter ? L'article 1321 étant une disposition protectrice de ceux qui sont victimes d'une fraude, parce qu'ils ont traité avec les parties en se fondant sur une situation qu'ils devaient tenir pour vraie, comme cette protection serait inefficace si on limitait passivement le droit de critique donné aux tiers contre l'acte secret, et comme d'ailleurs le texte ne distingue pas, on admet généralement que la contre-lettre ne peut être opposée aux tiers par personne, pas plus par d'autres tiers que par les parties, et que par conséquent, dans le conflit qui s'élève, la préférence sera donnée aux tiers qui invoquent l'acte apparent (7).

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Par quel moyen le tiers devra-t-il repousser les effets de la contre-lettre qui lui portent préjudice ? Pourra-t-il se contenter de les écarter purement et simplement par une exception ou lui faudra-t-il intenter une action ? Comme

(7) Japiot, p. 640, note 2; Juille, p. 83; Piédelièvre, p. 248; — Caen, 17 mai 1873, S., 74. 2. 46; — *Contra* : Boisselot, *De la notion de simulation*, thèse Paris, 1926, p. 126; Paris, 5 juin 1903, D., 08. 2. 129.

les tiers, au sens de l'article 1321, sont des ayants cause qui subissent normalement les effets des actes passés par leur auteur, c'est à eux qu'incombera la charge de prouver qu'il s'agit d'une contre-lettre et que par suite l'acte ne doit pas leur être opposable. Pour cela, les tiers n'ont pas à démontrer que l'écrit est le résultat d'une pensée de simulation ou de fraude, ni même qu'ils ont traité sur la foi de l'acte démenti ou modifié par la contre-lettre (8); bien plus, on admet qu'ils sont recevables à invoquer l'article 1321 alors qu'en contractant ils n'ont pas eu connaissance de l'acte ostensible dont ils demandent l'exécution (9). Il leur faudra simplement démontrer la contradiction entre les deux contrats; cette preuve sera facile lorsque les tiers pourront produire l'acte ostensible, car une simple comparaison suffira alors pour établir l'incompatibilité des deux situations. Si, au contraire, les tiers se trouvent dans l'impossibilité d'exhiber un écrit constatant l'acte apparent, ils seront recevables à en administrer la preuve par tout autre moyen : lettres missives, par exemple (10).

Cette preuve est-elle si compliquée qu'il faille intenter une action spéciale et préalable pour pouvoir la fournir ? Nous ne le croyons pas; les tiers pourront se contenter de repousser simplement par voie d'exception l'acte qu'on leur oppose, sauf à démontrer son caractère clandestin. La solution contraire serait d'autant plus étrange que les tiers ne connaissent pas l'acte avant qu'on le leur oppose; comment, dès lors, exiger que pour le repousser ils s'appuient sur un jugement préalablement rendu en leur faveur ?

(8) Civ., 16 déc. 1840, S., 41. 1. 167.

(9) Aubry et Rau, *ibid.*; Caen, 17 mai 1873, S., 74. 2. 46.

(10) Caen, 26 nov. 1893, D., 96. 2. 437; Cass., 9 juill. 1901, D., 01. 1. 499.

Notons enfin que d'après la Jurisprudence, l'inopposabilité de la contre-lettre ne peut être invoquée pour la première fois par les tiers devant la Cour de cassation (11).

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

Le tiers protégé a le droit, si on lui oppose l'acte secret, de le méconnaître et d'exiger l'application de l'acte apparent, toutes les fois que la production du premier aurait pour effet d'aboutir à un résultat qui lui serait défavorable. « L'acte apparent est l'œuvre des contractants; ils ont voulu qu'on le regardât comme réel, qu'ils ne se plaignent pas si l'on s'en prévaut. »

Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point, mais il faut noter que c'est seulement parce qu'il nuit aux tiers que l'acte clandestin leur est inopposable; « ils restent ayants cause du contractant en tant que la convention secrète leur est profitable »; aussi pourront-ils l'invoquer s'ils y trouvent avantage, en repoussant les effets de l'acte apparent par l'action en déclaration de simulation. C'est pourquoi l'article 1321 dit que les contre-lettres n'ont point d'effet *contre* les tiers et non pas à *l'égard* des tiers (12). C'est ainsi

(11) Cass., 30 mai 1888, S., 88. 1. 323.

(12) Juille, p. 83; Colin et Capitant, II, p. 317-318.

que les créanciers de celui qui s'est dépouillé par un acte apparent tout en restant propriétaire grâce à une contre-lettre pourront saisir l'immeuble dans le patrimoine de l'acquéreur fictif; de même en cas de majoration du prix de vente, les créanciers du vendeur pourront invoquer la contre-lettre pour exiger le supplément de prix.

Les bénéficiaires de l'inopposabilité ont donc le droit de se prévaloir selon leur intérêt de l'acte réel ou de l'acte apparent. Ils ont ainsi une option à exercer, tout au moins dans leurs rapports avec les parties, puisque nous avons vu qu'en cas de conflits entre tiers, l'inopposabilité s'impose à tous. Mais bien entendu ils ne seraient pas fondés à vouloir profiter à la fois de l'acte réel et de l'acte apparent et à vouloir, par exemple, saisir l'immeuble dans le patrimoine de l'acquéreur fictif tout en lui en réclamant le prix. L'article 1321 a pour but d'éviter l'appauvrissement des tiers et non de leur procurer un enrichissement.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES

Les contre-lettres produisent tous leurs effets entre les parties contractantes; la simulation n'est pas par elle-même une cause de nullité, et les parties peuvent se lier comme elles le veulent, aussi bien secrètement qu'au grand jour (13). Mais comme les tiers peuvent méconnaître la contre-lettre, les rapports des parties pourront par là se trouver fortement influencés et l'exercice de l'inopposabilité pourra ouvrir à l'un des contractants un droit à un recours; il en sera ainsi, par exemple, s'il a fictivement cédé un de ses biens pour procurer à l'autre partie un crédit imaginaire, ou s'il

(13) Demolombe, XXIV, n° 370; Planiol, II, n° 1191; Aubry et Rau, I, § 35; Piédelièvre, p. 243; Cass., 9 nov. 1891, S., 94. 1. 78.

a consenti à une majoration apparente du loyer de l'immeuble dont il était locataire, pour en permettre l'aliénation à meilleur compte. Si les créanciers de la partie adverse saisissent le bien ou si l'acquéreur force le locataire à lui payer le montant apparent du loyer, le cocontractant ainsi dépouillé pourra certainement réclamer la valeur de son bien ou le remboursement de ce qu'il a payé.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ 1. — RENONCIATION DU TIERS.

Le tiers qui a le droit de se prévaloir de l'inopposabilité a également le droit d'y renoncer; cela ne saurait faire doute puisqu'on lui reconnaît une action en déclaration de simulation pour faire tomber l'acte apparent et bénéficier de la contre-lettre. Toutefois, il faut noter que les deux hypothèses ne sont pas absolument identiques. L'action en déclaration de simulation suppose un conflit entre le tiers, voulant faire apparaître la situation véritable, et les parties voulant invoquer l'acte ostensible; au contraire, lorsqu'on est en présence d'une renonciation, il y a accord entre les parties et le tiers, les uns invoquant la contre-lettre, et l'autre accédant à leurs prétentions.

Cette renonciation ne produira d'ailleurs qu'un effet relatif et ne liera que celui dont elle émane.

§ II. — CONNAISSANCE.

Pour pouvoir invoquer l'article 1321, les tiers doivent-ils avoir été de bonne foi ou la connaissance qu'ils ont eu de la contre-lettre au moment où ils ont traité fait-elle disparaître leur droit à l'inopposabilité ? On admet à peu près unanimement que les tiers doivent avoir ignoré la simulation. La loi, dit-on, a pour but de porter secours à ceux dont la bonne foi a été surprise, à ceux qui ont tablé sur l'acte apparent; ceux qui ont agi en connaissance de cause n'ont aucune raison de se plaindre (14).

§ III. — PUBLICITÉ.

La publicité donnée à la contre-lettre fait-elle disparaître le vice dont elle est entachée et donne-t-elle aux parties le droit de s'en prévaloir *erga omnes*? Le vendeur apparent qui a fait transcrire la contre-lettre reconnaissant son droit de propriété recouvre-t-il son bien sans que personne puisse y trouver à redire ? Il faut donc supposer qu'il s'agit d'un acte qui aurait normalement dû être publié; l'accomplissement des formalités prescrites le rend-il opposable aux tiers ou reste-t-il toujours à ceux-ci la ressource de l'article 1321 ? On est d'accord pour reconnaître que le simple fait de donner date certaine à la convention secrète ne met pas obstacle à l'application de ce texte (15), mais on ne s'entend pas

(14) Aubry et Rau, XII, § 756 bis, p. 253; Colin et Capitant, *ibid.*; — Civ., 8 mars 1893, D., 93. 1. 243; Req., 15 juill. 1896, D., 97. 1. 460; Limoges, 14 oct. 1910, D., 11. 2. 393, note de M. Magnol. — *Contra*, Juille, p. 87-88.

(15) Aubry et Rau, XII, § 756 bis, texte et notes 11 et 12; — Civ., 20 avr. 1863, S., 63. 1. 230, D., 63. 1. 183; Toulouse, 28 mai 1874, S., 74. 2. 153.

sur la solution à donner aux conflits entre l'article 1321 et la loi de 1855.

Primus vend fictivement un immeuble à Secundus, et la vente est transcrite; puis, Secundus revend l'immeuble à Tertius, qui n'opère pas la transcription; enfin, Primus fait transcrire sa contre-lettre. Peut-il exercer contre Tertius une action en revendication? On peut également supposer qu'après transcription de la contre-lettre, Primus vend le bien à Quartus, qui transcrit. Un conflit s'élève alors entre Tertius et Quartus, Primus et Secundus ayant chacun le droit de vendre, Secundus à cause de la transcription de son acquisition, Primus à cause de celle de la contre-lettre. Si l'on résout la question d'après le jeu des règles relatives à la publicité, c'est Quartus qui l'emporte; si l'on applique l'article 1321, c'est Tertius qui doit triompher, puisqu'il invoque l'acte apparent.

En quel sens se prononcer? Si la transcription de la contre-lettre n'a eu lieu qu'après celle de la revente, la loi de 1855 et l'article 1321 viennent tous deux mettre obstacle à ce que les parties puissent se prévaloir de la contre-lettre; si elle a été opérée entre la passation et la transcription du nouvel acte, la loi de 1855 ne protège plus l'acquéreur, mais l'article 1321 joue encore en sa faveur, car, au moment où l'acte a été conclu, la contre-lettre avait toujours son caractère clandestin. Il ne semble pas que sur ces deux points il puisse y avoir de discussion, mais la Doctrine est divisée lorsqu'il s'agit d'une transcription effectuée avant la passation de la seconde vente. M. de Loynes (16) s'est prononcé pour l'efficacité de la publicité : la contre-lettre, dit-il, a perdu son caractère clandestin, le vice qui l'entachait a disparu et l'inopposabilité n'a plus de raison d'être. On

(16) Note sous Civ., 18 mai 1897, D., 97. 4. 503.

objecte que la transcription n'a pas de « valeur confortative » et ne peut, par suite, valider la contre-lettre; mais il ne s'agit pas ici d'un acte nul. Il est frappé d'inopposabilité vis-à-vis des tiers, mais il n'en est pas moins valable.

Cependant de nombreux auteurs optent pour la solution contraire, et c'est ainsi que MM. Aubry et Rau, Tissier, Colmet-Daage et Robin (17) se prononcent pour l'inutilité de la transcription. Ils font valoir que l'article 1321 ne distingue pas et ils s'attaquent à l'analyse même de l'opération : il n'y a pas deux cessions en sens contraire, comme la théorie précédente semble l'admettre; la contre-lettre ne contient aucune aliénation réelle et comme la loi de 1833 ne vise que les transferts de propriété, elle n'a pas à s'appliquer ici; enfin, ces auteurs ajoutent que seule la connaissance de fait peut mettre obstacle au droit des tiers d'invoquer l'inopposabilité et que la publicité n'équivaut pas à cette connaissance.

Cette théorie, peut-être plus juridique que la précédente, présente néanmoins un grave inconvénient. Puisque la transcription ne sert de rien et puisque la loi n'a pas mis d'autre moyen à la disposition des parties pour mettre fin aux conséquences de la contre-lettre, il sera impossible aux contractants de rétablir la vérité et de faire disparaître la simulation; et c'est bien la conclusion à laquelle arrive M. Robin. « C'est là, dit-il, une solution regrettable, mais inévitable...; nous nous trouvons en face d'une situation inextricable si l'on s'en tient au texte même... » (18). Certes,

(17) Aubry et Rau, XII, § 736 bis, note 17; Tissier, note sous Civ., 18 mai 1897, S., 98. 1. 223; Colmet-Daage, *Des contre-lettres*, thèse Paris, 1913, p. 167 et s.; Robin, *Du conflit entre les ayants cause à titre particulier au regard de l'article 1321 et de la loi de 1833*, thèse Rennes, 1927, p. 91 et s.

(18) P. 100 et 103.

on peut bien dire que l'article 1321 a un double fondement et qu'il vise à la fois la protection des tiers et la punition des parties, mais ce n'est pas une raison pour empêcher les contractants de réparer ce qu'ils ont fait.

Le seul correctif, c'est que la transcription de la contre-lettre, si elle n'empêche pas les tiers de se prévaloir de l'article 1321, peut néanmoins servir d'élément pour prouver la connaissance de fait (19) et comme « le premier devoir d'un futur acquéreur ou d'un futur créancier hypothécaire est de vérifier le droit de propriété de leur auteur sur l'immeuble qu'il leur offre », les acquéreurs de droits réels seront toujours irrecevables à invoquer l'article 1321 et c'est en effet la conclusion à laquelle arrive M. Bartin (20). « Si donc, dit-il, nous supposons la contre-lettre transcrite, les personnes auxquelles l'acheteur apparent consentira postérieurement une vente ou un droit réel ne pourront pas, à notre avis, s'inscrire utilement sur l'immeuble. » Seuls pourront alors continuer à se prévaloir de l'inopposabilité ceux qui n'ont pas à consulter le registre des transcriptions, c'est-à-dire les créanciers chirographaires (24).

Quoi qu'il en soit de cette controverse doctrinale, la Chambre civile de la Cour de cassation a statué sur la question le 18 mai 1897 (22) et elle a déclaré « qu'en matière de vente d'immeubles, les dispositions de l'article 1321 doivent être combinées avec celles de la loi de 1855. Par suite, si la transmission des droits immobiliers faisant l'objet d'une contre-lettre ne peut en principe produire d'effet qu'entre

(19) Bartin, *Théorie des contre-lettres*, thèse Paris, 1883, p. 243; Robin, p. 103.

(20) P. 243.

(21) Cf. Aubry et Rau, XII, § 756 bis, note 17; Tissier, note précitée.

(22) S., 1898. 1. 223, note de M. Tissier, D., 1897. 1. 803, note de M. de Loynes.

les parties qui l'ont souscrite, il n'en est plus de même alors que la contre-lettre, ayant été dûment transcrite, a rempli toutes les conditions de publicité requises par la loi pour être désormais opposable aux tiers. En pareil cas, la contre-lettre transcrite est opposable au tiers acquéreur qui tient ses droits du même auteur et dont le titre a été transcrit après la transcription de la contre-lettre. »

Mais l'arrêt présente cette curieuse particularité qu'il a été rendu dans une hypothèse où il ne s'agissait pas d'une contre-lettre, du moins à notre avis. Voici l'espèce : Un usufruit immobilier avait été vendu sous condition suspensive par une demoiselle Lelouvet à un sieur Duhomme; la vente avait eu lieu par-devant notaire, mais le même jour un acte sous seing privé passé entre les mêmes parties déclarait qu'elle était en réalité pure et simple; la vente était donc en apparence conditionnelle et effectivement définitive. Plus tard, la condition visée dans l'acte notarié ne s'étant pas réalisée, la demoiselle Lelouvet revendit le même usufruit à un sieur Chédeau; mais, entre cette seconde vente et sa transcription, l'acte sous seing privé avait été lui-même transcrit. Le conflit entre les deux acquéreurs fut tranché en faveur de Duhomme. A notre avis, l'article 1321 n'avait pas à intervenir dans la question. Une contre-lettre est en effet un acte secret destiné à modifier les effets d'un acte apparent valable ou à les supprimer. Il faut donc qu'il y ait deux actes contradictoires. Or, au moment où la demoiselle Lelouvet consentait une cession d'usufruit au sieur Chédeau, il n'en était pas ainsi : Il y avait bien un acte sous seing privé secret, mais il n'y avait pas d'acte apparent; il était en effet tombé de lui-même, la condition suspensive ne s'étant pas réalisée, et sans que l'acte sous seing privé y fût pour rien. Au moment de la seconde vente, la préten-

due contre-lettre subsistait seule à l'état isolé, rendant Duhomme propriétaire comme s'il n'y avait jamais eu d'acte authentique transcrit. L'article 1321 ne pouvait s'appliquer, car il vise le cas où un tiers est lésé par suite de l'existence d'un acte apparent, modifié ou anéanti par un acte secret; or, dans notre hypothèse, en apparence il n'y avait pas d'acte. On se trouvait donc dans la même situation que lorsque les parties passent un contrat quelconque sans le divulguer. La prétendue contre-lettre avait la valeur d'une vente sous seing privé non transcrite et selon les principes reçus en matière de publicité, devait l'emporter celui qui avait transcrit le premier.

§ IV. — EXÉCUTION.

L'exécution de la contre-lettre met-elle obstacle au droit pour les tiers d'invoquer l'article 1321? En Doctrine, la question n'est guère étudiée, et seuls MM. Bartin et Tesnière s'en sont préoccupés (23). Ils déclarent que la réalisation de la contre-lettre la rend inattaquable et que les créanciers ne peuvent revenir sur le fait accompli. A l'appui de cette solution, ils invoquent trois arguments que nous allons successivement examiner :

a) « La loi, dit tout d'abord M. Bartin (24), a nettement distingué dans l'article 1321 la contre-lettre et l'exécution de la contre-lettre. Elle frappe la première, elle ne dit rien de la seconde : les tiers sont donc tenus de la subir, comme un acte quelconque de leur auteur dont ils ont suivi la foi. »

(23) Bartin, thèse, p. 229 et s., et note 21 *ter*, dans Aubry et Rau, XII, § 756 bis, p. 256; Tesnière, *Des contre-lettres*, thèse Caen, 1887, p. 157 et s.

(24) Thèse, p. 230; Cf. Tesnière, p. 158.

Cet argument de terminologie ne nous semble pas probant; nous avons montré dans notre introduction que ce dont les tiers se plaignent, ce n'est pas de l'acte juridique envisagé en lui-même, mais de ses conséquences pratiques⁽²⁵⁾ : permettre aux tiers de repousser la contre-lettre et les obliger néanmoins à subir les effets qu'elle a produits, ce sont là deux choses tellement contradictoires que le législateur, en parlant de la contre-lettre, n'a pu faire abstraction de son exécution; la protection des tiers serait sans cela toute théorique et, la plupart du temps, ne mettrait pas obstacle au préjudice qui les menace.

b) On fait valoir en second lieu que « la validité de la contre-lettre entre les parties implique possibilité juridique de l'exécution de cet acte » et que la première phrase de l'article 1321 ne servirait de rien si les tiers pouvaient toujours attaquer cette exécution. Mais dans notre introduction⁽²⁶⁾, nous avons vu que l'inopposabilité se traduit par une inefficacité, l'acte ne pouvant à la fois exister à l'égard de certaines personnes et ne pas exister par rapport à d'autres, alors au contraire que le faisceau de ses effets peut être dissocié, de telle sorte que certains d'entre eux disparaissent cependant que les autres continuent à se produire. Il n'y a donc en aucun cas contradiction entre les deux phrases de l'article 1321; dire que la contre-lettre est valable entre les parties, tout en étant inefficace au regard des tiers, c'est affirmer deux propositions : la contre-lettre recevra sa pleine exécution s'il n'y a aucun tiers qui soit lésé par elle; mais s'il y a des tiers lésés, la contre-lettre ne s'exécutera que dans la mesure où elle ne leur nuira pas, mesure variable selon les circonstances. La possibilité

(25) *Supra*, p. 12.

(26) *Supra*, p. 41-43.

juridique d'exécuter l'acte clandestin existe donc (quoiqu'en fait elle puisse se trouver sans application), et cela indépendamment de l'idée que l'exécution de la contre-lettre la rend inattaquable.

c) Enfin, un troisième argument est fourni par M. Bartin : « Un acte qui n'a point d'effet contre une personne, dit-il, c'est grammaticalement un acte qui ne peut jamais, de près ou de loin, nuire aux intérêts de cette personne. Voilà le sens vulgaire de l'expression. La définition juridique est beaucoup moins large. En droit, un acte qui n'a point d'effet contre une personne est un acte qui ne peut être produit en justice contre elle. Le déni de l'action à l'acte incriminé, telle est la forme précise que revêt la protection de la loi pour la personne dont cet acte lèse les intérêts. Lors donc que cet acte est exécuté, toutes les conséquences dommageables pour les personnes qui ne pouvaient empêcher l'exécution se sont irrévocablement produites. » (26 bis). Mais pourquoi cette restriction ? Pourquoi l'inefficacité se traduirait-elle seulement par le déni de l'action et non pas aussi par le refus d'une exception ? Pourquoi l'acte clandestin, qui ne peut être produit en justice en demandant, pourrait-il l'être en défendant ?

L'impossibilité d'invoquer l'inopposabilité après exécution de la contre-lettre ne nous semble donc reposer sur aucun argument probant, et d'ailleurs cette solution ne saurait non plus se justifier au point de vue de l'équité : pourquoi refuser aux tiers toute protection une fois l'acte accompli ? Leur sort est-il alors moins intéressant ? Et à quoi servirait l'article 1321 s'il était loisible aux parties d'en écarter l'application grâce à une exécution volontaire de la contre-lettre ? D'ailleurs, n'avons-nous pas vu, dans les di-

vers cas d'inopposabilité rencontrés jusqu'à présent, que la protection du législateur ne disparaissait pas après exécution de l'acte? C'est à ce moment que les tiers en ont le plus besoin, et l'on ne saurait donc la refuser.

Si nous abandonnons le terrain de la pure controverse doctrinale, nous trouvons en Jurisprudence deux arrêts, l'un de la Chambre civile, l'autre de la Cour de Caen (27), qui déclarent que peu importe que la contre-lettre ait été exécutée par les parties contractantes, si les tiers n'ont pas concouru à l'exécution. Mais ces deux arrêts n'ont pas statué directement sur la question, et la seule fois où la Cour de cassation a réellement envisagé le problème, elle s'est prononcée en sens contraire. Voici l'espèce : moyennant une somme de cent mille francs payés d'avance, les époux Sébire avaient loué leurs immeubles pour vingt ans à la Société Sébire et Fromond; le bail fut passé par acte authentique, contenant quittance des cent mille francs; mais le même jour, par une contre-lettre sous seing privé, la Société reconnaissait que le bail était fictif, que rien n'avait été payé et s'engageait à verser aux époux Sébire le prix des sous-locations effectuées par elle. Quatorze ans après, la Société fit faillite et ses créanciers pratiquèrent des saisies-arrêts entre les mains des sous-locataires; la veuve Sébire protesta, exhibant la contre-lettre, mais fut déboutée sur le fondement de l'article 1324 (28). S'apercevant alors qu'en vertu de cette contre-lettre, la Société avait, pendant quatorze ans, versé le montant des loyers à la veuve Sébire, les créanciers intentèrent une action en répétition; la Cour de Caen, et sur pourvoi la Chambre civile (29), repoussèrent

(27) Civ., 20 avril 1863, S., 63. 1. 230, D., 63. 1. 185; Caen, 17 mai 1873, S., 74. 2. 46.

(28) Caen, même arrêt, et, sur pourvoi, Req., 18 août 1874, S., 75. 1. 283.

(29) Caen, 2 août 1880, et Civ., 3 juill. 1882, S., 82. 1. 439.

leur demande et déclarèrent que l'article 1321 « ne donne point d'action aux tiers pour faire annuler les effets légitimes que les contre-lettres ont produits entre ceux qui les ont signées ».

A l'appui de cette solution, la Cour de cassation fit valoir que « les créanciers n'ont en cette qualité aucun droit sur des sommes qui n'ont jamais été dans le patrimoine de leur débiteur et qu'ils n'ont, ni personnellement ni au nom de leur débiteur, aucune action pour faire annuler des paiements qu'ils n'arguent pas de fraude et qui ont été effectués en vertu d'une convention par laquelle leur débiteur était obligé ». Mais si, *inter partes*, la veuve Sébire avait seule droit au montant des sous-locations, il est incontestable qu'au regard des créanciers de la Société, et par suite de l'inopposabilité de la contre-lettre, le bail était valable et donnait le droit de percevoir le profit des sous-locations; à l'égard des créanciers, les sommes en question passaient donc par le patrimoine de la Société, comme l'avaient d'ailleurs reconnu la Cour de Caen et la Chambre des requêtes en validant les saisies-arêts. Le motif invoqué par la Cour de Cassation est donc insuffisant pour justifier l'absence d'action.

Néanmoins, la solution donnée pouvait se défendre dans l'espèce, à l'aide d'un argument fourni par la Cour de Caen; elle fit valoir qu'il s'agissait de répéter des fruits, et que, ceux-ci ayant été perçus de bonne foi, l'action devait être repoussée (art. 549-50). Ce raisonnement nous paraît exact, mais, reposant sur des principes autres que ceux gouvernant la matière des contre-lettres, il n'infirme en rien la solution que nous proposons, à savoir que l'exécution de l'acte clandestin ne met pas obstacle au droit pour les tiers d'en invoquer l'inopposabilité.

CHAPITRE VI

INOPPOSABILITES POUR ATTEINTE AUX DROITS ACQUIS

Le principe que les ayants cause d'une personne sont obligés de subir les effets des actes qu'elle passe aboutirait, s'il était appliqué intégralement, à les contraindre au sacrifice de leurs propres droits, situation inéquitable qui n'a pas manqué d'attirer l'attention du législateur. Aussi admet-on que si les actes d'une personne s'imposent à ceux dont le droit ne prend naissance qu'après la passation de ces actes, ils ne sauraient porter atteinte aux droits des ayants cause qui ont un titre antérieur : le principe de la représentation est ainsi limité par celui de respect des droits acquis. Il en résulte une répartition des ayants cause en deux catégories, les uns étant tenus au respect d'un acte parce que leur droit n'est né que postérieurement à sa passation, les autres au contraire pouvant échapper à ses conséquences parce que leur titre existait déjà auparavant. Une fois qu'il a conféré des droits, un individu ne peut plus y porter atteinte : solution de justice et d'équité se traduisant par l'inopposabilité des actes susceptibles de léser ces droits.

A fortiori doit-il en être ainsi s'il ne s'agit pas d'ayants cause, mais de personnes liées à un individu par un autre lien que celui de la représentation, et de droits qui ne

proviennent pas de cet individu : celui-ci ne saurait évidemment avoir action sur eux, et c'est ainsi par exemple que des cautions ou des codébiteurs solidaires, une fois la dette déclarée éteinte par la loi, ne peuvent continuer à être tenus par la seule volonté du débiteur principal, faisant renaître la dette par une renonciation à compensation ou par une rétractation d'offres réelles déjà acceptées.

Le principe du respect des droits acquis n'est nulle part écrit dans le Code, mais il n'en a pas moins souvent inspiré le législateur qui en a notamment fait application dans les articles 337, 462, 790, 1262, 1263, 1299 (1), 1338 et 2091. Seul l'article 790 contient l'expression de droits acquis, mais il est unanimement admis que les autres textes ont aussi notre principe pour fondement (2). En ce qui concerne cependant la reconnaissance d'un enfant naturel pendant le mariage, si ce fondement permet de justifier l'application de l'article 337 aussi bien aux reconnaissances judiciaires que volontaires (3), il cadre mal avec la restriction que contient ce texte : l'article 337 ne vise, en effet, que la reconnaissance faite pendant le mariage, et l'on ne voit pas pourquoi les droits des enfants légitimes sont sacri-

(1) Les articles 1295 et 1298, au contraire, ne rentrent pas dans notre sujet; le premier de ces textes vise en effet une renonciation à compensation, et dans l'hypothèse prévue par le second la compensation n'a lieu ni à l'égard des tiers ni même dans les rapports des parties entre elles, l'une des dettes étant considérée comme non exigible. Cf. Larombière, *Obligations*, V, art. 1298, n° 8; Demolombe, XXVIII, n° 629; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, III, n° 1843.

(2) Art. 337 : Colin et Capitant, I, p. 291 et 351; — Art. 1299 : Joussetin, *De la compensation légale et de la compensation judiciaire*, thèse Paris, 1900, p. 194; — Art. 1338 : Laurent, XVIII, n° 658; Debrand, *De la notion de tiers*, thèse Dijon, 1890, p. 371, note 1.

(3) Civ., 16 déc. 1861, S., 62. 1. 420, D., 62. 1. 39; Grenoble, 20 nov. 1894, D., 95. 2. 345; Grenoble, 26 juin 1893, D., 96. 2. 139; Req., 19 févr. 1923, D., 24. 1. 46.

fiés si la reconnaissance a lieu après la dissolution du lien conjugal, solution qu'impose la rédaction de ce texte (4).

C'est encore le principe de respect des droits acquis qui inspire la disposition de l'article 311 aux termes duquel en cas de cessation de séparation de corps par réconciliation des époux, la capacité de la femme n'est modifiée que pour l'avenir : on ne saurait, en effet, faire tomber les actes qu'elle a passés avec des tiers au moment où elle était capable : les tiers ont acquis des droits qu'il faut respecter (5). Et il en est de même de l'article 1451, relatif au rétablissement de la communauté après cessation de séparation de corps ou de biens, qui dispose : « ... En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage, les choses sont remises dans le même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui dans cet intervalle ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449. »

Mais que l'on se garde bien de croire que ce sont là les seules applications du principe de respect des droits acquis; elles sont multiples dans notre droit, et quoiqu'aucun texte ne les édicte, elles ne sont contestées par personne. De la sorte sont complétées de la façon la plus heureuse les diverses protections des tiers que nous avons déjà examinées; c'est ainsi par exemple que l'article 1053 du Code civil ne protège que les créanciers antérieurs du grevé contre les renonciations à substitution effectuées en fraude de leurs droits; mais grâce au principe de respect des droits acquis, cette protection s'étendra à tous ceux qui ont acquis des droits réels du chef du grevé, bien que l'article 1053 n'ait pas reproduit la formule de l'ordonnance de 1747,

(4) Douai, 26 févr. 1903, D., 04. 2. 383.

(5) Aubry et Rau, VII, § 487.

qui déclarait expressément dans son article 43 : « Ne pourra pareillement ladite restitution anticipée nuire à ceux qui auraient acquis des biens substitués de celui qui aura fait ladite restitution, et ils ne pourront être évincés par celui à qui elle aura été faite qu'après le temps où le fidéi-commis aurait dû lui être restitué. »

C'est d'une inopposabilité que le législateur a sanctionné le principe de respect des droits acquis. Ce qu'il faut en effet c'est uniquement protéger les tiers : eux seuls par conséquent pourront élever des critiques contre l'acte qui porte atteinte à leurs droits; et comme cette protection peut être obtenue sans qu'il soit besoin de faire tomber l'acte, celui-ci subsistera entre les parties et sera simplement privé d'effets à l'égard des titulaires de droits acquis⁽⁶⁾.

(6) Cf., pour l'article 337, Japiot, p. 539, note 4.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Puisqu'il s'agit uniquement de faire respecter des droits acquis, seuls pourront invoquer l'inopposabilité les tiers ayant acquis des droits que léserait l'acte passé.

Ces tiers sont le plus souvent des ayants cause, et il en est ainsi tout d'abord en matière de reconnaissance d'un enfant naturel, où l'article 337 indique comme bénéficiaires de l'inopposabilité la femme et les enfants légitimes de l'auteur de la reconnaissance; ce sont eux, en effet, dont les droits se trouveraient lésés par la présence d'un enfant naturel. Il faut d'ailleurs noter que l'inopposabilité a un caractère purement personnel et ne saurait être exercée obliquement par les créanciers (7). « Or si le droit de critique est attaché à la personne, ce n'est pas qu'il tende principalement à procurer à l'ayant droit un avantage d'ordre moral, il s'agit au contraire surtout de protéger ses intérêts pécuniaires. Ce caractère purement personnel tient donc à ce que l'ayant droit peut seul apprécier s'il y a opportunité à agir : l'action est dangereuse pour la paix de la famille, des considérations d'ordre moral peuvent conduire l'ayant droit à préférer l'abstention; il y a là pour lui une situation fort délicate au regard de l'auteur de la reconnaissance qui est son conjoint ou son ascendant : c'est donc, à raison des

(7) Japiot, p. 339, note 4.

conditions dans lesquelles il s'exerce, que le droit de critique est ici un droit attaché à la personne. » (8).

De même, c'est en faveur d'ayants cause qu'est édicté l'article 1263. Ce texte est une application de l'article 1257, al. 2, d'après lequel : « Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur; elles tiennent lieu à son égard de paiement lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier. » Il en résulte qu'une fois les offres acceptées ou déclarées par jugement bonnes et valables, l'obligation est éteinte ainsi que ses accessoires; le retrait de l'objet consigné, opéré par le débiteur avec le consentement du créancier, constitue une nouvelle convention qui ne peut donner naissance qu'à une nouvelle dette, pour sûreté de laquelle il est impossible de ressusciter au préjudice des tiers les garanties accessoires de l'ancienne dette : la nouvelle créance ne pourra être munie d'hypothèque qu'autant que le débiteur en consentira une (et elle ne vaudra que du jour de son inscription), et d'un privilège qu'autant que sa propre qualité le comportera. Aussi les tiers qui pourront se prévaloir de cette rétractation d'offres réelles seront-ils tous ceux qui se trouvaient lésés par les garanties de l'ancienne créance : créanciers chirographaires ou hypothécaires du débiteur, et tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué.

Ce sont également des ayants cause qui sont protégés par l'article 1338 : « ... La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers. » Les tiers dont

(8) Japiot, *ibid.*

la confirmation doit respecter les droits ne peuvent être que ceux qui possèdent des droits incompatibles en tout ou en partie avec ceux résultant de l'acte annulable ou rescindable, car c'est à eux seuls que la confirmation porterait préjudice en lésant des droits acquis. Qui faut-il comprendre sous cette dénomination ? Comme il ne peut s'agir ici que d'une nullité relative, les actes absolument nuls n'étant pas susceptibles de confirmation et nécessitant une réfection, le droit de confirmer ne peut appartenir qu'à l'une des parties : les ayants cause de l'autre ne sont donc pas des tiers au sens de l'article 1338, car la confirmation ne peut que leur profiter en consolidant les droits de leur auteur. Il ne faut pas non plus ranger parmi ces tiers ceux qui tiennent de la loi l'action en nullité, car à leur égard, la confirmation est *res inter alios acta*; ainsi lorsque deux copropriétaires aliènent un bien par suite de dol, la confirmation par l'un d'eux ne saurait porter atteinte aux droits de l'autre, mais il en serait de même en l'absence de l'article 1338.

Seuls sont donc des tiers au sens de cet article ceux qui tiennent leurs droits du confirmant. Mais en est-il ainsi de tous ses ayants cause ou de quelques-uns seulement d'entre eux ? Ceux qui n'ont qu'un droit personnel, comme les créanciers chirographaires, ne peuvent se prévaloir de l'article 1338, car tant qu'ils n'ont pas procédé à des saisies ou obtenu la mise en faillite de leur débiteur, celui-ci peut disposer à son gré de tous ses biens et réaliser indirectement par la confirmation ce qu'il pourrait faire directement par un nouvel acte : la confirmation ne porte donc pas atteinte à leurs droits et ils ne pourront échapper à ses effets qu'en l'arguant de fraude⁽⁹⁾. Mais les ayants cause

(9) Cf. Laurent, XVIII, n° 659; Juille, *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*, thèse Lille, 1904, p. 123.

investis d'un droit réel, créanciers hypothécaires ou tiers acquéreurs, sont loin d'être dans la même situation : ils sont soustraits à la loi du concours et leur droit ne porte plus sur un gage général que le débiteur peut à son gré augmenter ou diminuer. A leur égard, c'est selon la règle *prior tempore potior jure* que se règlent les conflits : celui qui a constitué ou transmis un droit réel ne peut plus postérieurement y porter atteinte ni l'amoindrir en aucune façon ; par suite, la question de date du titre et de priorité prend pour ces ayants cause une importance primordiale, et la possibilité d'obtenir l'annulation d'un droit antérieurement consenti les intéresse au plus haut point. La confirmation de l'acte annulable anéantira en tout ou en partie les droits qu'ils ont acquis, résultat que leur auteur ne pourrait obtenir par un nouvel acte. Il faut donc les faire bénéficier de la protection de la loi et dire que seuls sont des tiers au sens de l'article 1338 les ayants cause du confirmant, titulaires de droits réels. Et c'est ce que reconnaissait déjà Laurent : « Il faut décider, dit-il, que la transmission de la propriété, ou d'un démembrement de la propriété confère seule un droit acquis. Il n'y a donc que les tiers qui ont un droit réel qui puissent se prévaloir de l'article 1338. » (40).

Enfin, l'article 2094 dispose que tout ce qui est statué au chapitre consacré à l'antichrèse ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse. De la formule employée par ce texte, il résulte que tous les tiers titulaires de droits réels avant la constitution d'antichrèse seront à l'abri des effets de ce contrat ; c'est ainsi qu'un acquéreur antérieur

(40) Laurent, XVIII n° 639.

pourra contraindre l'antichrésiste à lui remettre l'immeuble et que des créanciers hypothécaires antérieurs pourront saisir le bien entre ses mains (11).

Dans d'autres cas au contraire, les tiers que protège le principe de respect des droits acquis ne sont pas des ayants cause; mais il existe entre eux et l'auteur de l'acte un lien de droit tel que ses actes ont une répercussion considérable sur leur situation. C'est ainsi que l'article 790 protège des tiers qui ne tiennent pas leurs droits de l'héritier, puisqu'il déclare que la rétractation de la renonciation à succession ne pourra préjudicier aux tiers qui ont acquis des droits par prescription ou par actes valablement faits avec le curateur à succession vacante; malgré l'apparence limitative de ce texte, la Jurisprudence étend ses dispositions aux autres modes d'acquisition de droits et considère par exemple que l'héritier réservataire qui rétracte sa renonciation ne peut exercer l'action en réduction contre les donataires et légataires, ceux-ci ayant dès la renonciation un droit acquis à la totalité de la libéralité (12). Quant à l'article 462, qui vise également une rétractation de renonciation, il emploie une formule encore beaucoup plus étroite, puisqu'il n'indique que les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits pendant la vacance, passant ainsi la prescription sous silence; mais ici encore on ne tient pas

(11) Civ., 29 août 1863, S., 63. 1. 433, D., 65. 1. 329; Req., 24 janv. 1872, S., 72. 1. 24, D., 72. 1. 353; Paris, 12 janv. 1895, S., 98. 2. 283, D., 1896. 2. 57.

(12) Civ., 3 juin 1878, S., 78. 1. 457, D., 78. 1. 344. La Chambre civile a cependant jugé le 16 novembre 1927 (D. H., 1928, p. 103), que le légataire universel n'est pas un tiers lorsqu'il s'agit pour lui d'entrer en possession : il doit demander la délivrance à l'héritier qui a rétracté sa renonciation, et ne peut se prévaloir de l'article 790 pour obtenir un envoi en possession.

compte de cet énoncé restrictif et l'on donne la même solution que pour l'article 790 (13). Ainsi tous les tiers dont les droits acquis seraient compromis seront protégés contre la rétractation de la renonciation.

Ce sont encore des tiers autres que des ayants cause que vise en matière d'offres réelles l'article 1262, puisqu'il indique comme bénéficiaires de l'inopposabilité les codébiteurs et les cautions. Comme l'article 1263, ce texte est une application de l'idée qu'une fois les offres acceptées ou déclarées par jugement bonnes et valables, l'obligation est éteinte *erga omnes*, et que par là les codébiteurs et les cautions se trouvent définitivement libérés (14).

Enfin, l'article 1299 a pour but à la fois la protection d'ayants cause et d'autres tiers, quoique son texte ait l'air de ne viser que les premiers; cet article est en effet ainsi conçu : « Celui qui a payé une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au préjudice des tiers des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. » Celui qui a payé la dette et celui qui en a reçu le paiement ont par là même renoncé tous deux à la compensation. Mais d'après l'article 1290 « la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ». Aussi la renonciation des parties ne peut-elle influencer que sur leurs rapports, à l'égard des tiers la compensation a eu lieu, les deux

(13) Colin et Capitant, III, p. 476.

(14) Demolombe, XXVIII, n° 157; Aubry et Rau, IV, § 322, p. 330.

créances se sont éteintes; c'est donc que toutes garanties personnelles ou réelles, engagements de cautions ou hypothèques, se sont évanouies du jour même de la coexistence des deux dettes. Et il en sera de même si le débiteur, au lieu d'avoir renoncé à la compensation en effectuant un paiement, l'a fait en acceptant purement et simplement une cession de la créance éteinte par compensation : les cautions, les codébiteurs, les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués, les autres créanciers ayant hypothèque sur ces immeubles, pourront ainsi invoquer l'inopposabilité de la nouvelle obligation consentie par le débiteur.

Pour bénéficier de la protection de la loi, les tiers doivent, nous l'avons vu, avoir acquis des droits avant la passation de l'acte. Mais il est des cas où l'acte, au lieu d'être par lui-même efficace *erga omnes*, exige pour son opposabilité aux tiers l'accomplissement de formalités postérieures : c'est ainsi, par exemple, que l'article 2 de la loi de 1855 soumet à la transcription tout acte constitutif d'antichrèse; faut-il alors dire que les tiers qui peuvent se prévaloir de l'inopposabilité sont tous ceux qui ont acquis des droits avant l'accomplissement de la publicité ? Il y a ici rencontre de deux catégories d'inopposabilité : les tiers qui ont acquis des droits avant la passation de l'acte bénéficieront de l'inopposabilité pour atteinte aux droits acquis, et ceux qui ont traité entre la passation et l'accomplissement des formalités légales bénéficieront de l'inopposabilité pour défaut de publicité.

SECTION II

**Personnes contre lesquelles peut être invoquée
l'inopposabilité.**

— — —

Pour que la protection du droit acquis par le tiers soit efficace, il est indispensable que l'acte qui pourrait lui porter atteinte ne puisse en rien lui nuire; aussi faudra-t-il lui permettre d'invoquer l'inopposabilité de cet acte à l'encontre de tous ceux qui voudraient s'en prévaloir. C'est ainsi, par exemple, que si une personne a consenti un droit réel par un acte annulable, un créancier hypothécaire postérieur inscrit sur le même bien pourra opposer l'inefficacité de la confirmation non seulement à son débiteur et au titulaire du premier droit réel, mais encore à tous les ayants cause de ce dernier, tels que des créanciers voulant exercer obliquement le droit que leur débiteur tient de l'acte confirmé; de même, les tiers qui ont acquis des droits sur une succession peuvent invoquer l'inopposabilité de la rétractation de la renonciation tant à l'héritier lui-même qu'à ses héritiers, créanciers ou cessionnaires de droits successifs. De même encore, en cas de cession d'une créance éteinte par compensation, lorsqu'il y a eu acceptation pure et simple du débiteur et par suite renonciation à compensation, ses coobligés se trouvent libérés *erga omnes*, et nul ne saurait plus les tenir pour débiteurs, leur dette étant éteinte par la compensation de plein droit opérée lors de la coexistence des deux dettes.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Le tiers qui a acquis un droit que menace l'acte passé pourra-t-il se contenter de repousser cet acte par une exception lorsqu'on voudra le lui opposer, ou devra-t-il agir préventivement en déclaration d'inopposabilité ? Il semble qu'on puisse sans inconvénient lui accorder une exception; il est facile de constater que deux droits sont incompatibles et que l'un est né avant l'autre; aucune difficulté d'interprétation ou de preuve ne vient mettre obstacle à ce que le tiers repousse purement et simplement l'acte qu'on lui oppose, l'inefficacité de cet acte à son égard résultant de la comparaison de la date des titres. C'est ainsi que le conjoint pourra écarter les prétentions d'un enfant naturel sans qu'il soit nécessaire de rien prouver, sinon que la reconnaissance a eu lieu pendant le mariage.

Quant à la possibilité d'agir préventivement par une action, il faut à notre avis la refuser au tiers : l'exception d'inopposabilité lui suffit, qu'il soit demandeur ou défendeur. Il a déjà une action, née du droit qu'il a acquis (16) : lorsqu'il l'exercera, si on veut lui opposer l'acte frappé d'inefficacité à son égard, il lui suffira de répliquer par l'exception de respect des droits acquis. Une action spéciale, destinée à faire reconnaître l'inopposabilité, semble donc inutile et il faut par suite la refuser.

(16) Sauf dans le cas où il a acquis un droit à l'extinction d'une obligation; tel est le cas des cautions et des codébiteurs (art. 1262 et 1299).

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

L'inopposabilité a pour effet d'assurer au tiers qui en bénéficie le respect de son droit, c'est-à-dire de supprimer toutes les conséquences de l'acte qui pourraient en tout ou en partie mettre obstacle à l'exercice de ce droit. C'est ainsi, par exemple, que toutes les conséquences de la reconnaissance d'un enfant naturel pendant le mariage, de la rétractation de la renonciation à succession ou de la rétractation d'offres réelles se trouveront frappées d'inefficacité en tant qu'elles nuiraient au tiers titulaire du droit à l'inopposabilité : l'enfant naturel sera écarté de la succession, l'héritier sera obligé de respecter les actes légalement faits ou les droits acquis en vertu de la loi, le créancier n'aura aucun recours contre les coobligés du débiteur qui a retiré ses offres réelles. De même, ceux qui ont acquis du chef du grevé des droits sur les biens substitués ne peuvent en être dépouillés par sa renonciation : « A l'égard des tiers, les causes anticipées d'ouverture ne produisent pas d'effet. Elles n'en pourraient produire qu'un, qui serait la résolution ou la caducité de tous les droits qui leur ont été conférés. Or la seule cause qui menace ces droits est le prédécès du grevé laissant des appelés capables de lui succéder. Tant que cette circonstance ne s'est pas réalisée, il n'y a pas de raison pour faire tomber les droits des tiers... » (17). Et il y aurait

(17) Planiol, III, n° 3327; Cf. Colin et Capitant, III, p. 970-971.

d'autant plus d'injustice à admettre la solution inverse que l'appelé peut prédécéder : à l'égard des tiers le grevé devient malgré sa renonciation propriétaire incommutable et tous les droits qu'il a consentis sont définitivement consolidés.

Si c'est bien contre tous les effets de l'acte inopposable que le tiers est protégé, ce doit seulement être contre eux : cela semble évident, et ce n'est pourtant pas encore admis en ce qui concerne l'application de l'article 337. Seule la reconnaissance étant frappée d'inefficacité, seuls les droits qui en résultent exclusivement ne peuvent nuire au conjoint et aux enfants légitimes, mais les droits que l'enfant naturel tient d'une autre façon ne doivent pas rentrer dans la prohibition de l'article 337. C'est bien ce qui est admis aujourd'hui en ce qui concerne les libéralités testamentaires (18) : « Le titre de l'enfant pour obtenir l'objet que le testateur lui a attribué, ce n'est pas sa qualité d'enfant naturel que l'article 337 permet d'écarter; son titre est dans le testament. » (19). Mais en ce qui concerne les donations entre vifs, on se refuse en général à donner la même solution en invoquant l'article 908 ainsi conçu : « Les enfants naturels légalement reconnus ne pourront rien recevoir par donation entre vifs, au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. » Si donc les libéralités testamentaires sont possibles, les donations sont par contre prohibées : l'enfant naturel, reconnu pendant le mariage, ne pouvant rien recevoir *ab intestat* ne peut non plus être gratifié entre vifs.

(18) Nîmes, 6 juin 1877, et sur pourvoi, Req., 28 mai 1878, S., 79. 1. 337, avec le rapport de M. le Conseiller Connelly et la note de M. Labbé; D., 78. 1. 401, note de M. Beudant; Colin et Capitant, III, p. 401.

(19) Rapport de M. Connelly, précité.

Mais est-il bien exact de combiner ainsi les articles 337 et 908 ? Parmi les auteurs, Demolombe, Aubry et Rau, ainsi que MM. Labbé, Beudant, Colin et Capitant⁽²⁰⁾, et, en Jurisprudence, un arrêt de la Cour de Poitiers du 5 mai 1858⁽²¹⁾ se prononcent pour l'application de l'article 908 à l'hypothèse prévue par l'article 337 : « L'article 908, dit M. Labbé, est le complément nécessaire de toutes les mesures adoptées à tort ou à raison par notre législateur à l'égard des enfants naturels reconnus. » Allemand, au contraire, M. le Conseiller Connelly, la Cour de Nîmes et sur pourvoi la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 28 mai 1878⁽²²⁾, se prononcent pour la séparation complète des domaines des articles 337 et 908, et cela pour deux arguments qui nous semblent irréfutables. D'une part, l'article 337 ne peut s'appliquer à des libéralités qui empruntent toute leur étendue, toute leur valeur, à la volonté d'un donateur : étendre la disposition de ce texte aux donations faites à l'enfant naturel, c'est sortir des termes de cet article qui ne dénie l'effet nuisible qu'à la reconnaissance, c'est-à-dire aux droits que la reconnaissance emporte avec elle; de plus, l'article 908 ne rappelle pas la disposition de l'article 337 et n'impose à la capacité de recevoir des enfants naturels d'autres limites que celles qui sont tracées par les articles 756-765. D'autre part, comme le dit dans son rapport M. le Conseiller Connelly, « en repoussant la reconnaissance, les adversaires de l'enfant naturel ne peuvent y trouver une arme contre lui. Ils veulent qu'il soit étranger au *de cujus*, ils doivent le tenir pour tel sous tous les rapports. Nous

(20) Demolombe, V, n° 475; Aubry et Rau, IX, § 568 *quater*; Labbé et Beudant, notes précitées; Colin et Capitant, III, p. 401.

(21) S., 1858. 2. 420.

(22) Allemand, *Traité du mariage*, II, n° 850; Nîmes, 6 juin 1877, et Req., 28 mai 1878, précités.

déciderions ainsi par application de ces principes, puisés dans votre jurisprudence, qui ne permettent pas de rechercher contre l'enfant une origine dont il n'est pas admis à se prévaloir, qui ne permettent pas de diviser contre lui ce qui doit être un et indivisible, de nier sa filiation pour lui en refuser les bénéfices et de l'affirmer pour en faire résulter des incapacités. S'il plaît aux personnes en faveur desquelles l'article 337 a édicté la règle qu'il contient d'en demander l'application, la reconnaissance de l'enfant naturel sera, au respect de ces personnes, comme non avenue, elle ne produira aucun effet : n'existant pas en faveur de l'enfant, elle n'existera pas contre lui. »

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

Entre les parties, ou, s'il s'agit d'actes unilatéraux, à l'égard de l'auteur ou du bénéficiaire de ces actes, l'inopposabilité ne joue aucun rôle et tous les effets qui ne nuisent pas au tiers protégé subsistent. C'est ainsi que la reconnaissance faite pendant le mariage produit tous les effets qui sont en général attachés à une reconnaissance valable (23), ou que la rétractation de la renonciation à succession rétablit l'héritier dans tous ses droits successoraux et produit tous les effets d'une acceptation qui n'aurait pas été précédée d'une renonciation (24). De même, l'effet de la confirmation *inter partes* est d'enlever au débiteur le droit d'invoquer les moyens de nullité ou de rescision qu'il eût pu faire valoir contre son engagement et de rendre cet engagement aussi inattaquable que si dès l'origine il n'avait été entaché d'aucun vice. On traduit souvent cette idée en

(23) Aubry et Rau, IX, n° 568 *quater*, p. 263.

(24) Paris, 6 févr. 1925, D. H., 1925, p. 246.

disant que la confirmation a entre les parties un effet rétroactif qui ne se produit pas au regard des tiers (25). Mais « ce langage est incorrect : on ne peut parler de rétroactivité à propos de la confirmation; elle ne rend pas valable un acte précédemment nul, elle rend inattaquable un acte dont l'existence est menacée; elle ne modifie pas la situation antérieure, elle la met à l'abri de toute atteinte. C'est l'annulation qui, lorsqu'elle est prononcée, a un effet rétroactif » (26).

En ce qui concerne la renonciation à compensation, nous avons vu qu'à l'égard des tiers l'ancienne obligation était définitivement éteinte par la volonté de la loi, et que la renonciation du débiteur s'analysait par rapport à eux en une nouvelle obligation, dépourvue des garanties de l'ancienne. Pour qu'il y ait inopposabilité, il faut qu'il en soit autrement *inter partes* et que le débiteur puisse exercer l'action attachée à sa créance. Et en effet, Laurent ainsi qu'Aubry et Rau estiment que dans les rapports des parties entre elles c'est l'ancienne créance qui subsiste, avec l'action primitive qui la garantissait (27). Marcadé et Demante considèrent, au contraire, que cette créance a été définitivement éteinte par compensation et n'accordent qu'une *condictio indebiti* pour répéter la somme versée (28); mais cette *condictio* suppose l'erreur, qui n'existe pas dans notre hypothèse; le débiteur n'a donc aucune action si on lui refuse

(25) Aubry et Rau, IV, § 337, p. 446; — Paris, 15 déc. 1830, S., 31. 2. 83; Paris, 23 juill. 1838, S., 39. 2. 6; Douai, 18 mars 1840, S., 40. 2. 289; Riom, 31 juill. 1831, S., 51. 2. 222; Cf. Gallet, *Etude sur la fiction de rétroactivité*, thèse Poitiers, 1903, p. 140.

(26) Juille, p. 120.

(27) Laurent, XVIII, n° 464; Aubry et Rau, IV, § 329, texte et notes 3 et 7.

(28) Marcadé, art. 1299, n° 1; Demante et Colmet de Santerre, V, n° 231 bis.

celle qui garantissait sa créance. Enfin Demolombe, s'appuyant sur le texte de l'article 1299, admet la survivance de l'ancienne créance entre les parties, mais laisse au débiteur le choix entre l'action qui la garantissait et la *condictio indebiti* (29).

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — RENONCIATION DU TIERS.

Le tiers qui peut réclamer le respect du droit qu'il a acquis peut renoncer à invoquer l'inopposabilité qui le protège; mais son droit se trouve ainsi plus ou moins compromis, et sa renonciation à l'inopposabilité s'analyse alors en une renonciation totale ou partielle au droit précédemment acquis. Comme dans les autres cas que nous avons étudiés jusqu'à présent, cette renonciation est en réalité une confirmation de l'acte et ne produit qu'un effet relatif, sans pouvoir elle non plus porter atteinte aux droits acquis par d'autres. Si l'on suppose, par exemple, qu'un créancier hypothécaire autorise son débiteur à rétracter ses offres réelles, précédemment acceptées, le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué se trouve néanmoins libéré; mais si ce tiers renonce à l'inopposabilité de la rétractation, l'hypothèque qui garantira la nouvelle créance ne pourra pas pré-

(29) XXVIII, n^{os} 618 et s.

judicier à ceux qui ont, avant la renonciation, acquis de son chef des droits réels sur l'immeuble hypothéqué.

Cette renonciation peut intervenir aussi bien avant qu'après l'acte préjudiciable, mais toujours à condition d'être spéciale : une renonciation générale, exposant le tiers à souffrir d'actes dont il n'a pu calculer ni le nombre ni la portée, serait contraire à l'ordre public, puisqu'elle aboutirait à ôter toute valeur à la protection légale.

§ II. — PRESCRIPTION.

Pour déterminer si l'inopposabilité pour atteinte aux droits acquis peut se prescrire en elle-même, nous croyons utile d'écarter tout d'abord toutes les prescriptions qui, sans constituer des prescriptions de l'inopposabilité, jouent à côté d'elle et influent sur son exercice par contre-coup.

Remarquons tout d'abord que dans certains cas le droit d'effectuer l'acte inopposable peut disparaître par prescription : c'est ainsi que la faculté de rétracter une renonciation à succession se prescrit par trente ans; dans ces conditions, trente ans après l'ouverture de la succession, les tiers qui ont acquis des droits sur l'hérédité sont certains de ne plus être exposés à aucune action de la part de l'héritier (30). Ceci est d'ailleurs en faveur des tiers et non contre eux; de même court encore à leur avantage la prescription acquisitive, si bien qu'après expiration du temps requis, ils seront à l'abri de toute atteinte : ainsi en sera-t-il par exemple de celui qui acquiert un bien du curateur à succession vacante, ou qui s'empare d'un bien faisant partie de l'hérédité et le conserve pendant trente ans.

(30) Civ., 18 juin 1893, D., 93. 1. 471.

Mais l'inopposabilité peut disparaître par prescription extinctive du droit acquis lui-même : c'est ainsi que l'anti-chrèse pourra devenir opposable *erga omnes* à supposer que les créanciers hypothécaires antérieurs voient prescrire leur créance ou simplement périmer leur inscription; de même si trente ans se sont écoulés à partir de l'ouverture d'une succession, et si les enfants du *de cujus* n'ont pas accepté l'hérédité, l'enfant naturel reconnu pendant le mariage et qui s'est mis en possession ne pourra plus être évincé par eux.

Quant à la prescription de l'inopposabilité en elle-même, faut-il dire que l'écoulement du temps ne peut faire indirectement ce que les parties ne peuvent accomplir directement, et que le tiers pourra toujours réclamer le respect du droit qu'il a acquis ? Cela paraît évident : trente ans après l'ouverture de la succession, les enfants légitimes et le conjoint pourront toujours écarter l'enfant naturel reconnu pendant le mariage; de même, l'héritier qui est revenu sur sa renonciation ne pourra, quel que soit le temps écoulé, attaquer les actes passés par les tiers avec le curateur à succession vacante.

La question ne présente de l'intérêt qu'en ce qui concerne l'article 1338, car l'action en nullité se prescrivant par dix ans, l'écoulement de ce délai aboutira à une confirmation tacite; faut-il dire alors que comme une confirmation expresse elle n'aura d'effet qu'*inter partes*, ou qu'elle vaudra *erga omnes* ? La question n'est guère envisagée par les auteurs; cependant comme la Doctrine admet en général qu'au bout de dix ans le débiteur ne peut attaquer l'acte ni par voie d'exception ni par voie d'action, on en a conclu que « la ratification tacite résultant de l'expiration du laps de temps exigé pour la prescription produit effet contre les

créanciers. Elle a un effet rétroactif même à l'égard des tiers à la date de l'engagement. C'est en effet la loi elle-même qui, à l'aide du temps, confirme le contrat, et cette confirmation rétroagit à l'égard des tiers comme entre les parties elles-mêmes. » (31). La Jurisprudence, au contraire, appliquant en notre matière la vieille règle *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, admet que malgré l'expiration du délai de dix ans la nullité pourra être invoquée par voie d'exception (32). Il faut en conclure que non seulement le débiteur, mais tous les tiers qui ont acquis des droits de son chef, pourront se prévaloir de cette exception : *l'inopposabilité pour atteinte aux droits acquis est donc imprescriptible.*

(31) Goubet, *Commentaire de l'article 1338*, thèse Paris, 1863, p. 133.

(32) Req., 21 juin 1880, S., 81. 1. 297, D., 81. 1. 108; Agen, 7 juill. 1886, S., 86. 2. 139.

CHAPITRE VII

INOPPOSABILITES POUR ATTEINTE A LA RESERVE

Dans notre droit, les héritiers sont considérés comme des successeurs à la personne, c'est-à-dire mis sur le même plan que leur auteur lui-même; ils sont par conséquent tenus de ses actes comme s'ils les avaient personnellement passés et ils sont représentés par lui d'une façon tellement complète qu'ils sont assimilés aux parties à l'acte. Une telle situation n'est pas sans inconvénients pour eux : obligés de respecter tous les actes passés par leur auteur, tenus sur leur patrimoine de toutes ses obligations, ils risquent non seulement de se voir dépouillés de tout le profit qu'ils pouvaient attendre de la succession, mais même de se voir ruinés par les agissements du *de cujus*. Aussi le législateur est-il venu à leur secours en leur accordant trois moyens d'échapper aux effets de cette représentation. Le premier, le plus radical, est la renonciation à la succession : le renonçant est considéré comme totalement étranger à l'hérédité, ne recueille aucun des avantages qu'elle présente et n'est tenu d'aucune des charges qu'elle comporte. Le second, moins absolu, est l'acceptation sous bénéfice d'inventaire : tout en conservant l'intégralité de ses droits, tout en gardant vocation à toute sa part héréditaire, l'héritier peut, moyennant quelques restrictions à l'exercice de son droit, répudier les

charges corrélatives dans la mesure où elles dépassent son émolument.

Enfin la loi a accordé à l'héritier une troisième protection, dirigée seulement contre les libéralités du *de cujus* et pouvant être invoquée sans entraîner aucune limitation à l'exercice des droits de l'héritier; c'est la réserve, part de succession entièrement et absolument soustraite à la volonté du défunt. A la différence des deux moyens précédents, il ne s'agit plus ici de protéger l'héritier contre le préjudice résultant pour lui des obligations contractées par son auteur, mais de lui assurer un bénéfice dans la transmission du patrimoine du *de cujus*. Le successible conserve alors sa qualité d'héritier en tant qu'elle lui profite, et la repousse en tant qu'elle lui nuit. « L'action en réduction, dit M. Japiot, est intentée par les héritiers du donateur, intéressés en tant qu'héritiers; cependant, comme ils agissent à raison d'un dommage subi du fait d'un acte auquel ils n'ont pas été parties, et que leurs intérêts sont manifestement distincts de ceux du donateur, nul doute qu'ils n'agissent en qualité de tiers. » (1). C'est que « l'héritier du donateur n'est pas le donateur lui-même. Fût-il héritier légitime et continuateur du défunt, sa propre personnalité n'est pas anéantie et absorbée dans sa qualité nouvelle. On peut dire qu'il réunit en lui deux personnes : héritier du donateur, il reste en même temps lui-même et c'est assez pour lui reconnaître quelques droits particuliers qui n'ont jamais appartenu à son auteur et qui n'auront d'autre but que de le protéger contre les actes du défunt » (2).

(1) Japiot, p. 28. Cf. Hartemann, *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables*, thèse Nancy, 1889, p. 340; Baudry-Lacantinerie, *Obligations*, III, n^{os} 2028 et 2038.

(2) Planiol, *Une donation immobilière non transcrite est-elle opposable aux héritiers du donateur ?* Extrait de la *Revue critique*, Paris, 1880, p. 6.

On s'étonnera peut-être que nous rangions la réserve parmi les institutions sanctionnées d'une inopposabilité, car on a l'habitude de considérer l'action en réduction comme une action en résolution⁽³⁾. Et cependant, elle présente tous les caractères d'une action en inopposabilité : elle appartient exclusivement à des tiers, auxquels elle permet d'attaquer les actes qui entament la réserve, et dans la mesure seulement où ils y portent atteinte. C'est ainsi qu'une donation ne sera réduite que partiellement si cela suffit pour compléter la réserve; et comment l'expliquer avec l'idée de résolution ? Un acte est ou n'est pas; la résolution le fait disparaître en entier comme le *mutuus consensus* l'avait fait naître à la vie juridique : l'acte est anéanti rétroactivement et ne saurait subsister partiellement. Avec l'inopposabilité, au contraire, qui s'attaque non à l'acte lui-même mais à ses effets, on comprend bien que certains d'entre eux puissent disparaître, d'autres n'étant pas atteints si leur maintien ne nuit pas au tiers protégé. Et c'est ce qui explique non seulement que la libéralité puisse être partiellement réduite, mais aussi que le donataire conserve les fruits : le *de cujus* avait en effet le droit d'en disposer pendant sa vie, de les consommer lui-même, et leur disparition ne nuit point à l'héritier. La libéralité subsiste donc *inter partes*, en ce sens que, durant la vie du donateur elle a produit tous ses effets, et que le gratifié a pleinement joui de l'objet donné : l'héritier n'en souffre aucunement, car ce n'est qu'après le décès de son auteur que son droit se précise. L'inopposabilité joue alors et fait disparaître les effets qui portent atteinte aux droits de l'héritier.

C'est aussi dans le sens de l'inopposabilité que se pro-

(3) Planiol, III, n° 3444; Colin et Capitant, III, p. 743.

nonce M. Japiot (4), qui écrit notamment à propos de la quotité disponible fixée par l'article 908 : « La donation entre vifs faite à un enfant naturel légalement reconnu, contrairement à la règle d'après laquelle celui-ci ne peut recevoir au delà de ce qui lui est accordé au titre des successions, subsiste en principe *inter partes* et est seulement inopposable, pour ce qui excède la quotité ainsi fixée, à certaines personnes, puisque le but de la règle est de protéger celles-ci. » (5).

La question de la réserve et de l'action en réduction qui la sanctionne étant des plus connues, nous n'y insisterons guère et nous nous contenterons de rappeler les principales règles qui régissent la matière.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

La détermination des personnes pouvant invoquer l'inopposabilité pour atteinte à la réserve n'offre aucune difficulté, car le Code civil y a lui-même procédé. En ce qui concerne la quotité disponible ordinaire, l'article 921 s'exprime ainsi : « La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause; les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne

(4) P. 560.

(5) *Ibid.*, note 2.

pourront demander cette réduction ni en profiter. » Les bénéficiaires de l'inopposabilité sont donc :

1° Les héritiers réservataires, c'est-à-dire les descendants légitimes, légitimés, adoptifs et même naturels du *de cujus* (art. 913), et ses ascendants légitimes (art. 914), à l'exclusion des ascendants adoptifs et naturels.

2° Leurs ayants cause, héritiers, cessionnaires de droits successifs ou créanciers. Il faut noter à ce propos que tous les créanciers personnels du réservataire peuvent invoquer l'inopposabilité en son nom, et c'est ainsi que lorsque l'héritier a accepté purement et simplement la succession, comme il devient débiteur personnel des créanciers du défunt, ceux-ci peuvent obliquement exercer l'action en réduction malgré le texte de l'article 921 (6).

En ce qui concerne la quotité disponible spéciale entre époux, les bénéficiaires de l'inopposabilité sont désignés par les articles 1094, 1098 et 1496. Ce sont les enfants nés du mariage ou d'un premier lit et, bien entendu, leurs ayants cause. Quant aux enfants du second lit, il est admis qu'ils profitent de l'exercice de l'action en retranchement instituée par l'article 1098. En effet, c'est d'après ce texte que l'on calculera la quotité disponible à l'égard de tous les enfants; par suite, comme tous partagent également, les enfants du second lit bénéficient de la différence entre la quotité disponible de l'article 1094 et celle de l'article 1098 (7). Allant plus loin, on a même admis les enfants du second lit à se prévaloir de la présence d'enfants d'un premier mariage pour intenter l'action en réduction, de façon à ne pas les laisser à la merci de leurs cohéritiers (8). D'après cer-

(6) Aubry et Rau, XI, § 685, p. 83; Colin et Capitant, III, p. 739.

(7) Colin et Capitant, III, p. 756; Bourges, 26 déc. 1891, S., 92. 2. 69, D., 93. 2. 169.

(8) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 767 *in fine*; Caen, 3 août 1872, sous Req., 1^{er} juill. 1873, S., 74. 1. 17.

tains auteurs, il faut y ajouter les légataires car ils ont intérêt à demander la réduction tandis que les héritiers réservataires peuvent n'avoir aucun motif d'agir (9).

Enfin, pour ce qui est de la quotité disponible dont bénéficient les enfants naturels, l'article 908 déclare : « Les enfants naturels légalement reconnus ne pourront rien recevoir par donations entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. Cette incapacité ne pourra être invoquée que par les descendants du donateur, par ses ascendants, par ses frères et sœurs et les descendants légitimes de ses frères et sœurs. »

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

L'inopposabilité pour atteinte à la réserve peut être invoquée en principe contre tout bénéficiaire de cette atteinte, donataire ou légataire. Mais toutes les libéralités du *de cujus* ne tomberont pas : l'héritier ne pourra les attaquer que jusqu'à concurrence de ce qui manque pour parfaire sa réserve, car c'est dans cette mesure seulement qu'il est protégé par la loi. Entre les différentes libéralités du défunt, *un choix s'impose donc* et pour éviter tout arbitraire le législateur y a lui-même procédé dans l'article 923 : « Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les

(9) Colin et Capitant, *ibid.*; Cf. Wahl, note au S., 1904. 2. 273.

dispositions testamentaires; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. »

On réduira donc tous les legs au marc le franc (10) sauf volonté contraire du testateur (art. 927), puis, si la quotité disponible est encore dépassée, on réduira les donations dans l'ordre chronologique inverse; si l'un des donataires est insolvable, on admet que le droit de l'héritier ne doit pas être compromis et l'on remontera, par suite, jusqu'au donataire antérieur (11). Il faut noter d'ailleurs que, dans ce cas d'insolvabilité, les sous-acquéreurs pourront être également poursuivis, ainsi que le prévoit l'article 930 : « L'action en réduction pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes et discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente. »

Il est cependant deux exceptions à la règle que l'héritier dont la réserve est entamée peut invoquer l'inopposabilité à l'encontre de tout bénéficiaire d'une libéralité. La première résulte de l'institution par la loi d'une quotité disponible spéciale entre époux, tantôt plus faible, tantôt plus

(10) La réduction au marc le franc, imposée par l'article 926 pour les dispositions testamentaires excessives, n'intéresse que les légataires entre eux, et non pas les réservataires, qui, par suite, sont sans qualité pour contester le mode de réduction appliqué, alors que leur réserve est assurée : Civ., 12 juill. 1848, D., 48. 1. 164; Agen, 17 avril 1880, D., 80. 2. 111.

(11) Caen, 28 mai 1879, D., 80. 2. 49; Civ., 11 janv. 1882, S., 82. 1. 129, D., 82. 1. 313.

forte que la quotité ordinaire : dans ce dernier cas, l'héritier aura beau ne pas recevoir l'intégralité de sa réserve, il ne pourra attaquer le conjoint; si, par exemple, celui-ci se trouve en concours avec trois enfants nés du mariage, il pourra être gratifié d'un quart de la succession en pleine propriété et d'un quart en usufruit (art. 1094), alors que la quotité disponible ordinaire n'est que du quart en pleine propriété. Il y a là une limitation légale à l'inopposabilité, faite *intuitu qualitatis* et en considération des besoins de l'époux survivant. La seconde résulte de l'article 917 ainsi conçu : « Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve auront l'option, ou d'exécuter cette disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. » Ce n'est d'ailleurs pas toujours une exception puisque les héritiers peuvent se prononcer pour l'abandon de la quotité disponible, et par là obtenir l'intégralité de leur réserve; mais, s'ils consentent à respecter la libéralité faite en usufruit, ils ne recevront pas la totalité de leur réserve en pleine propriété.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Comme sanction de leur réserve, les héritiers jouissent d'une action en réduction, action personnelle contre le bénéficiaire de la libéralité, et à laquelle peut se joindre une action réelle en revendication (12) : après avoir fait judiciairement constater l'inopposabilité, et par suite sa qualité de propriétaire, le réservataire intentera contre les donataires une action en revendication des biens donnés.

L'héritier devra naturellement faire la preuve de l'atteinte à la réserve; il faudra donc, avant toute action, déterminer respectivement la réserve et la quotité disponible de la façon prescrite par l'article 922 : « La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donation entre vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. » Il faudra de plus rechercher si, parmi les donations, certaines ne doivent pas s'imputer sur la réserve, et non sur la quotité disponible.

Outre la preuve que sa réserve est entamée, l'héritier devra démontrer qu'il y a bien eu libéralité, preuve qui d'après la Jurisprudence pourra être faite par tous

(12) Cf. Planiol, III, n° 3444.

moyens⁽¹³⁾, et *a fortiori* en sera-t-il ainsi s'il s'agit d'une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, car on considère qu'elle constitue une fraude à la loi⁽¹⁴⁾. Dans cette dernière hypothèse, d'ailleurs, l'héritier s'abstiendra le plus souvent d'agir pour les mêmes raisons que la femme dont le mari a fait une donation déguisée en violation de l'article 1422, le droit fiscal le considérant comme débiteur de l'amende encourue par suite du déguisement, sauf recours contre le donataire⁽¹⁵⁾.

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

Grâce à l'inopposabilité, l'héritier pourra considérer la donation comme non avenue, et, à son égard, le bien donné sera censé figurer toujours juridiquement dans le patrimoine du défunt. Aussi, en principe, la restitution de l'objet de la libéralité aura-t-elle lieu en nature, et le donataire ne pourra être contraint à une restitution en valeur que si la chose donnée a péri par sa faute ou a été aliénée par lui; cependant, dans cette dernière hypothèse et en cas d'insolvabilité, les sous-acquéreurs pourront être poursuivis également, de

(13) Req., 19 mars 1878, D., 78. 1. 248; Caen, 28 mai 1879, D., 80. 2. 49.

(14) Req., 18 août 1862, D., 63. 1. 144; Req., 20 mars 1863, D., 63. 1. 283.

(15) Cf. *supra*, Chap. IV, *Inopposabilités pour fraude*.

telle sorte que, malgré l'aliénation, l'héritier recevra le bien en nature (art. 930). En dehors des cas de perte ou d'aliénation, quand le donataire est un héritier réservataire, la restitution peut avoir lieu en valeur s'il y a dans la succession des biens de même nature pouvant être attribués aux autres réservataires ou s'il s'agit d'un immeuble dont il ne faut restituer que moins de la moitié (16). Enfin, il a été jugé que, lorsqu'en vertu de l'article 918, il y a lieu à réduction d'une vente avec réserve d'usufruit ou à charge de rente viagère, cette réduction s'opère par une restitution en valeur (17).

L'inopposabilité protège l'héritier contre tous les effets de la libéralité qui lui portent préjudice, mais contre ceux-là seulement; pour les autres, la protection légale n'a plus de raison d'être : ils seront maintenus et s'imposeront à lui.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

Entre les parties, la donation subsiste dans la mesure où elle ne nuit pas à l'héritier réservataire. C'est ainsi que, pendant la vie du donateur, elle produira tous ses effets et que le gratifié jouira du bien donné comme s'il en était propriétaire incommutable : il aura notamment droit à tous les fruits, ce qui, avec la théorie de l'action en résolution, ne peut s'expliquer que par un tempérament d'équité et par l'idée que, s'il en était autrement, le donataire ne retirerait aucun avantage de la libéralité (18). L'inopposabilité permet également de mieux justifier que, s'il garde les

(16) Art. 924 et 866; Colin et Capitant, III, p. 743-744; Civ., 8 juill. 1876, S., 77. 1. 348, D., 77. 1. 277.

(17) Pau, 2 févr. 1927, *Répert. gén. notar.*, 1927, p. 329, art. 21428; *Rev. trim.*, 1927, p. 700.

(18) Planiol, III, n° 3113; Colin et Capitant, III, p. 742.

fruits, c'est à titre de propriétaire et non comme possesseur de bonne foi; d'où cette conséquence que les fruits civils échus, mais non perçus par lui, lui sont néanmoins acquis, tandis qu'un possesseur de bonne foi ne fait les fruits siens que par la perception.

Au décès, au contraire, le donataire perd tout droit de propriété, et même de jouissance, dans la mesure où l'héritier réservataire en serait lésé. Mais l'article 928 apporte un tempérament à cette idée : alors que la restitution des fruits devrait toujours avoir lieu à compter de l'ouverture de la succession, la loi n'impose cette solution que si la demande en réduction a lieu dans l'année, sinon les fruits ne seront dus qu'à compter de la demande. C'est que le donataire ignore si la libéralité qui lui a été faite sera ou non soumise à réduction; on peut bien lui demander de mettre, à tout hasard, les fruits en réserve pendant un certain temps, mais, s'il n'est pas poursuivi dans l'année, il peut croire de bonne foi que la libéralité échappe à la réduction et consommer à nouveau les fruits du bien donné.

De ce que l'acte est valable *inter partes* dans la mesure où il ne nuit pas à l'héritier, il résulte qu'en cas de réduction partielle le gratifié conserve tous ses droits sur la portion qui lui reste : les droits réels consentis par lui subsistent, et ses créanciers gardent la possibilité de saisir ce qui demeure dans son patrimoine, une fois le réservataire désintéressé.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — RENONCIATION DU TIERS.

Il est unanimement reconnu que l'héritier peut renoncer à sa réserve tout en acceptant la succession et que cette renonciation ne pourra intervenir qu'après le décès du *de cuius*. On pourrait cependant penser que, dans le cas prévu par l'article 918, il s'agit d'une renonciation antérieure à l'ouverture de la succession. Cet article s'exprime en effet ainsi : « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible, et l'excédent, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale. » Si ce texte impose le rapport et la réduction, c'est qu'il présume que l'aliénation à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit couvre une libéralité, et sa dernière phrase semble indiquer que le consentement à l'aliénation donné par un successible en ligne directe emporte renonciation à l'action en réduction. En réalité, il n'en est rien : si l'action en réduction est supprimée, ce n'est pas à la suite d'une renonciation anticipée, c'est parce que l'on considère que le consentement à l'aliénation a pour effet de renverser la présomption de libéralité : puisqu'il ne s'agit

pas d'une donation déguisée, mais d'une véritable aliénation, l'action en réduction ne saurait s'appliquer.

Bien entendu, la renonciation à l'inopposabilité pour atteinte à la réserve n'a qu'un effet relatif et ne lie que celui dont elle émane.

§ II. — PRESCRIPTION.

L'action en réduction est prescriptible en elle-même par un délai de trente ans, partant de l'ouverture de la succession, puisque c'est à ce moment seulement que le droit des réservataires prend naissance et que le montant de la réserve peut être fixé⁽¹⁹⁾. « Ce qu'il importe de remarquer ici, c'est que l'action se prescrit en soi du jour du décès, et que la prescription est indépendante du fait d'exécution : si, par exemple, le donateur n'avait pas exécuté lui-même la donation entamant la réserve, si vingt-neuf ans après les héritiers l'exécutent sans renoncer à l'action en réduction (tel est le cas s'ils ignorent que la réserve est entamée), il ne leur restera pour agir qu'un an à dater du fait d'exécution, tandis qu'il leur fût resté vingt-neuf ans de plus si la seule prescription à partir de l'exécution eût été applicable. »⁽²⁰⁾.

Mais ici comme dans les autres matières, nous trouvons des prescriptions qui jouent à côté de celle de l'inopposabilité et aboutissent au même résultat. C'est ainsi que l'action de l'héritier pourra se heurter à la prescription acqui-

(19) Aubry et Rau, XI, § 683 *quater*; Baudry-Lacantinerie et Tissier, nos 442 et s.; Japiot, p. 878, note 1; — Civ., 12 mai 1834, S., 34. 1. 333.

(20) Japiot, *ibid.*

sitive du donataire ou des sous-acquéreurs; la première ne s'accomplit que par trente ans, mais la seconde est acquise au bout de dix ou vingt ans à compter également du jour du décès, les sous-acquéreurs ayant juste titre et bonne foi (21).

(21) Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 698.

CHAPITRE VIII

INOPPOSABILITES SANCTIONNANT LA RESOLUTION

En règle générale, lorsqu'un acte juridique a été passé, et qu'il réunit toutes les conditions exigées par la loi, il est né définitivement à la vie juridique, son existence est assurée et ses effets ne peuvent être anéantis que par une nouvelle convention. Il est pourtant des cas où un acte parfaitement valable disparaît par suite de l'arrivée d'un événement postérieur prévu par les parties ou par la loi : on est alors en présence d'une résolution, opération juridiquement neutre qui ne revêt en elle-même ni le caractère d'une sanction ni celui d'une faveur. Mais les motifs qui ont poussé la loi ou les parties à attacher l'effet résolutoire à la survenance d'un événement peuvent être bien différents. Dans la plupart des cas, si l'acte peut être ainsi anéanti, c'est pour avantager l'une des parties; la condition résolutoire est alors un événement casuel ou dépendant de la volonté de celui qui profitera de la résolution. C'est ainsi que par faveur pour le donateur, les parties pourront stipuler la résolution de la libéralité au cas de prédécès du donataire (art. 951), ou que par faveur pour le vendeur, elles pourront insérer dans le contrat une clause de réméré. Dans un certain nombre d'hypothèses, la loi s'est d'ailleurs substituée aux parties et a prévu des causes de résolution opérant soit

au profit de l'une d'elles, et c'est ce qui se passe en matière de révocation des donations pour inexécution des charges, soit au profit d'un ayant cause, et c'est ce qui a lieu en matière de révocation des libéralités pour survenance d'enfant et en matière de substitution ou de rapport : la résolution est établie par faveur pour les enfants (1) dans le premier cas, pour les appelés dans le second, pour les héritiers dans le dernier.

Mais à côté de ces hypothèses où la loi intervient pour avantager une des parties ou ses ayant cause, la résolution est quelquefois édictée à l'encontre d'une personne à titre de peine; ce qui fait qu'il en est ainsi, c'est que la condition résolutoire consiste en un fait accompli par celui aux dépens duquel joue la résolution, en un acte purement potestatif qu'il était libre de faire ou de ne pas faire. C'est ainsi que la révocation des donations pour ingratitude a pour but de punir le donataire qui a enfreint son devoir de reconnaissance en attendant à la vie du donateur, en se rendant coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves, ou enfin, en lui refusant des aliments (art. 954-955); c'est également pour punir l'époux contre lequel le divorce a été prononcé que l'article 299 le prive de tous les avantages que son conjoint lui avait faits. Mais il faut se garder de joindre à ces cas celui de la révocation des donations pour inexécution des charges : cette révocation n'est pas une peine pour le donataire, car elle est encourue alors même qu'aucune faute n'a été commise (2).

Une fois la condition réalisée, la résolution s'opère soit

(1) Colin et Capitant, III, p. 810.

(2) Req., 29 nov. 1892, S., 93. 1. 32, D., 93. 1. 67; Amiens, 16 nov. 1893, S., 94. 2. 190; Rouen, 18 déc. 1894, S., 95. 2. 205; Req., 9 mai 1905, S., 07. 1. 335, D., 05. 1. 428.

de plein droit, soit sur demande en justice, et celui au profit duquel elle a lieu recouvre sa qualité de propriétaire des biens aliénés. Quoique la résolution soit une opération neutre, s'accomplissant juridiquement de la même façon qu'elle constitue une faveur ou une peine, ses caractères pratiques influent sur sa sanction. S'il s'agit d'une résolution édictée par mesure de faveur, la sanction est double : dans les rapports des parties, du donateur et du donataire, ou du vendeur à réméré et de l'acquéreur, la résolution est sanctionnée par une action en revendication des biens aliénés; dans les rapports du donateur ou du vendeur et des sous-acquéreurs ou titulaires de droits réels, la résolution est sanctionnée en outre par l'inopposabilité des charges et aliénations consenties par celui dont le titre est résolu. C'est ce que déclarent les articles 952, 954, 963, 1664 et 1673 du Code civil ainsi conçus :

Article 952 : « L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques... »

Article 954 : « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura contre les tiers détenteurs des immeubles donnés tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même. »

Article 963 : « Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit (pour survenance d'enfant) rentreront dans le patrimoine du donateur libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire... »

Article 1664 : « Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la

faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat. »

Article 1673 : « ... Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé; il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur. »

En matière de rapport cependant, si les biens se réunissent à la masse de la succession francs et quittes de toutes charges (art. 865), l'inopposabilité ne joue pas en ce qui concerne les aliénations : d'après les articles 859 et 860, lorsque le bien a été aliéné par l'héritier, l'acquéreur reste propriétaire et le rapport a lieu en moins prenant.

Ce sont bien là de véritables inopposabilités, car le bénéficiaire de la résolution est un tiers par rapport aux actes de son cocontractant, et l'acte ne disparaît que dans la mesure où il lui nuit. Grâce à cette inopposabilité, la faveur accordée par la loi peut être invoquée *erga omnes*.

S'il s'agit, au contraire, d'une résolution édictée dans un but de punition, on ne trouve plus qu'une seule sanction, l'action en revendication dans les rapports entre celui qui bénéficie de la résolution et celui dont le titre est résolu. Le principe de la personnalité des peines vient en effet s'opposer à ce que la résolution rejaillisse contre les tiers et à ce qu'une inopposabilité soit accordée.

L'acte tombera donc simplement dans les rapports des contractants, sans que cette disparition soit accompagnée d'aucune action en revendication contre les tiers ni d'aucune inopposabilité. Aussi l'article 938, al. 1, dispose-t-il que « la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet

de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation en marge de la transcription prévue par l'article 939 ». De même, d'après la majorité des auteurs et la Jurisprudence, la révocation prévue par l'article 299 ne peut être opposée aux tiers qui ont acquis du chef de l'époux donataire des droits sur les biens donnés (3).

On dit souvent que la résolution a un effet rétroactif, qu'elle opère *ex tunc*, mais l'idée d'inopposabilité permet de rejeter cette notion qui cadre mal avec les solutions admises en ce qui concerne les fruits, la purge, la prescription. (*Infra*, sect. IV et V.) La notion de rétroactivité, introduite pour justifier la disparition des aliénations et des charges consenties, peut être écartée. La résolution restitue au vendeur ou au donateur son titre de propriétaire et lui permet de revendiquer les biens entre les mains de celui dont le titre est résolu; au contraire, le titre des sous-acquéreurs ou de ceux auxquels des droits réels ont été consentis n'est pas atteint par la résolution, mais est inopposable au bénéficiaire de la résolution, ce qui lui permettra de revendiquer les biens et d'écarter les droits réels : on peut donc expliquer tous les effets de la résolution en se plaçant uniquement au moment où elle se réalise et indépendamment de toute idée de rétroactivité.

Ce que nous allons étudier dans ce chapitre, ce sont donc les différents cas dans lesquels le Code a permis à l'une des parties de demander la résolution d'un acte qu'elle a passé, en sanctionnant cette résolution à la fois d'une action en revendication et d'une inopposabilité.

(3) Civ., 30 août 1863, D., 65. 1. 345.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Une fois la résolution opérée soit sur décision de justice, soit de plein droit, quelles sont les personnes qui pourront invoquer l'inopposabilité des actes passés par celui dont le titre est résolu ? Ce sont tout d'abord, cela va de soi, ceux au profit desquels la résolution s'est opérée : les cohéritiers en cas de rapport, le donateur dans les hypothèses prévues par les articles 952, 954 et 963, le vendeur en matière de vente à réméré, les appelés en matière de substitution.

Il faut ensuite y ajouter leurs héritiers, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, leurs créanciers puisque dans ces différentes hypothèses il s'agit d'obtenir un avantage pécuniaire, et même les cessionnaires de l'action en résolution. Quant aux créanciers de la succession, qui d'après l'article 857 n'ont pas le droit d'exiger le rapport, ils ne peuvent non plus se prévaloir de l'inopposabilité; il en sera toutefois autrement lorsqu'il y aura eu acceptation pure et simple, puisque les créanciers de la succession deviennent alors créanciers personnels des héritiers.

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée
l'inopposabilité.

Lorsque s'est produite la résolution, les biens aliénés peuvent être réclamés par une action en revendication à celui dont le titre est résolu; c'est là la conséquence de ce que celui qui les avait aliénés en est redevenu propriétaire. Mais en outre, et c'est là l'inopposabilité, ils peuvent être recherchés entre les mains de ceux qui les ont acquis et les charges dont ils ont pu être grevés disparaîtront à l'égard de celui qui a obtenu la résolution, sauf en matière de rapport où les sous-acquéreurs ne peuvent être inquiétés.

Cette inopposabilité pourra être invoquée tout d'abord contre les parties, c'est-à-dire contre celui dont le titre a été résolu d'une part et les sous-acquéreurs ou acquéreurs de droits réels d'autre part. De plus, elle jouera à l'encontre de tout tiers quelconque, c'est-à-dire de tout ayant cause de l'une des parties qui voudrait se prévaloir de l'acte inopposable : il n'a pas plus de droit que son auteur et ne peut pas plus que lui faire échec à l'inefficacité. C'est donc *erga omnes* que l'inopposabilité peut être invoquée.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

La résolution peut s'opérer de deux façons différentes. Dans la plupart des cas, la condition résolutoire produit effet de plein droit et l'acte est anéanti *ipso jure* sans qu'aucune action en justice soit nécessaire. C'est ce qui se passe notamment en matière de révocation des donations pour survenance d'enfant, ainsi que l'indique l'article 960 : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation... demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation. » Il en est ainsi également en matière de vente à réméré⁽⁴⁾ et de droit de retour. « Sans doute si le donataire refuse de rendre les biens, le donateur doit agir en justice; mais demandera-t-il le retour ? Il ne peut pas demander ce qui est accompli : les biens sont rentrés de plein droit dans son patrimoine, il les revendique. »⁽⁵⁾ De même la mort ou la renonciation du grevé entraînent *ipso facto* la résolution de ses droits et l'ouverture de la substitution.

Dans d'autres cas, au contraire, l'arrivée de la condition n'entraîne pas de plein droit la résolution et il faudra la

(4) Colin et Capitant, II, p. 498-499.

(5) Laurent, XII, n° 465.

demander par une action en justice. C'est d'une part parce que la réalisation de la condition peut ne pas offrir tous les caractères de certitude désirables et qu'une décision judiciaire est alors nécessaire pour la constater; ainsi, en matière de révocation des donations pour inexécution des charges ou en cas d'ouverture de la substitution par déchéance du grevé, il faut qu'un tribunal reconnaisse que les charges imposées sont véritablement restées sans exécution ou que le grevé a effectivement contrevenu à la loi et encouru la déchéance : une discussion est possible qui ne saurait exister en matière de droit de retour, de révocation des donations pour survenance d'enfant ou en cas d'ouverture de la substitution par décès ou renonciation du grevé.

D'autre part, si la résolution ne s'opère pas de plein droit, c'est que dans certains cas cela pourrait nuire à celui au profit duquel elle est établie : ainsi en matière de révocation des donations pour inexécution des charges, le donateur jouit à la fois du droit de demander la résolution et du droit d'exiger l'accomplissement par le donataire de ses obligations; si la donation était nécessairement résolue du fait de l'inexécution, le donateur serait privé de la seconde de ses actions, ce qui irait peut-être à l'encontre de ses intérêts.

Ainsi donc, l'acte sera résolu tantôt de plein droit, tantôt sur demande. Mais comment invoquer l'inopposabilité qui accompagne cette résolution ? Aura-t-elle également lieu tantôt de plein droit, tantôt sur demande, et dans ce dernier cas faudra-t-il intenter une action spéciale ou pourra-t-on se contenter d'une exception ? Nous croyons que l'inopposabilité ne se produit jamais de plein droit, mais qu'il faut toujours l'invoquer et que pour cela il suffira d'agir par voie d'exception : la preuve de la résolution, facile à

apporter, est seule nécessaire et n'exige pas un jugement particulier, statuant sur l'inopposabilité. Lorsque la résolution a lieu sur demande, on pourra d'ailleurs mettre les tiers en cause pour que le jugement leur soit commun; mais lorsqu'au contraire elle se produit de plein droit, on peut se prévaloir de l'inopposabilité sans mettre en cause celui dont le titre est résolu; ainsi en est-il par exemple en matière de vente à réméré (6).

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

Le tiers qui a obtenu la résolution et qui invoque l'inopposabilité des charges et aliénations consenties par son co-contractant est protégé en principe contre tous les actes translatifs de propriété passés par celui-ci et contre tous les droits réels nés de son chef, hypothèques, servitudes ou usufruits, que ces droits aient leur source dans un contrat, dans un jugement ou dans la loi. A son égard, ces droits sont pleinement inefficaces et il en sera naturellement de même de ceux qui ont été conférés par les sous-acquéreurs. C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de substitution l'aliénation consentie par le grevé est réputée vis-à-vis des appelés n'avoir jamais été faite; mais il ne résulte pas de

(6) Aubry et Rau, V, § 337, texte et note 24; Colin et Capitant, II, p. 304; Req., 17 févr. 1883, S., 83. 1. 344, D., 83. 1. 233.

l'idée d'inopposabilité que le grevé n'a jamais été propriétaire et que le droit des appelés remonte rétroactivement au décès du disposant; de telle sorte que « l'idée d'inopposabilité semble bien se rapprocher, par ses conséquences tout au moins, de l'idée d'inaliénabilité conditionnelle que M. Planiol propose de substituer à celle de résolution. » (7).

Le tiers pourra non seulement réclamer les biens aliénés eux-mêmes, mais aussi leurs fruits; reste à savoir à partir de quel moment ? Puisque le titre du sous-acquéreur n'est pas résolu, mais seulement frappé d'inopposabilité, les fruits ne doivent à notre avis être restitués que du jour où l'inopposabilité est invoquée; le sous-acquéreur les conserve à titre de propriétaire et par conséquent point n'est besoin de distinguer selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi : la restitution n'aura donc lieu que du jour où le sous-acquéreur aura été assigné en revendication ou mis en cause dans l'instance dirigée contre son auteur. Toutefois cette idée n'est généralement pas admise et l'on applique ici la théorie du possesseur de bonne foi (8).

Cependant, au principe que le tiers ne doit pas souffrir des actes passés par celui dont le titre est résolu ou par ses ayants cause, plusieurs exceptions doivent être signalées. Tout d'abord le tiers ne pourra invoquer l'inopposabilité des aliénations dans deux cas : en matière de rapport (art. 859-860) et dans l'hypothèse d'aliénation portant sur des objets mobiliers : les acquéreurs seront protégés par l'article 2279 (9). En second lieu, l'article 952 prévoit en matière de droit de retour la survivance de l'hypothèque légale de la femme du donataire, mais sous trois conditions : que la

(7) Japiot, p. 19, note 1.

(8) Civ., 7 janv. 1868, D., 68. 1. 123.

(9) Laurent, XII, n° 469; Planiol, III, n° 2626.

donation ait été faite dans le contrat de mariage du donataire, que ses autres immeubles ne suffisent pas à garantir les droits de la femme, et enfin qu'il s'agisse de créances résultant de la dot et des conventions matrimoniales. Si l'article 952 édicte cette solution, c'est par interprétation de la volonté du donateur : il présume que celui qui a constitué une dot à l'époux a consenti à affecter les immeubles donnés par lui à la garantie des droits de la femme; mais naturellement, puisqu'il s'agit de présomption de volonté, cette disposition peut être écartée par une déclaration du donateur : l'hypothèque légale lui sera alors inopposable comme les autres droits réels. En matière de révocation des donations pour survenance d'enfant au contraire, l'article 963 déclare que les biens donnés ne pourront demeurer affectés à la restitution de la dot de la femme du donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales, « ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage ». De son côté, l'article 1034 déclare que « les femmes des grevés ne pourront avoir sur les biens à rendre de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné ».

Enfin, il faut noter que seuls les actes d'aliénation totale ou partielle sont frappés d'inopposabilité : les actes d'administration passés par celui dont le titre est résolu doivent être respectés.

Mais si la résolution, grâce à l'inopposabilité, permet à celui qui l'a obtenue de reprendre son bien franc et quitte de toutes charges, elle n'autorise pas ses créanciers à con-

sidérer que le bien a toujours figuré dans le patrimoine de leur débiteur. C'est ainsi que si l'acheteur à réméré a procédé à la purge, l'exercice du droit de rachat ne fait pas revivre les hypothèques du chef du vendeur (10). C'est encore là une solution que l'on ne saurait justifier lorsqu'on adopte la notion de rétroactivité, mais qui s'explique fort bien avec l'idée d'inopposabilité, celle-ci permettant de se placer uniquement au moment où s'opère la résolution, sans toucher en rien au passé.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

Entre les parties, l'acte passé par celui dont le titre est résolu subsiste dans la mesure où il ne nuit pas au tiers qui a obtenu la résolution. Faut-il en conclure que si le bien revient dans le patrimoine du donataire ou de l'acquéreur à réméré, soit au même titre (nouvelle donation après survenance d'enfant), soit à un autre (donataire ou acquéreur héritant du donateur ou du vendeur après la résolution), les aliénations et droits réels consentis recouvreront toute leur efficacité et recevront leur pleine exécution ? On l'admet généralement en cas de rapport (11), mais en se fondant sur l'article 883 et sur des motifs spéciaux à la matière des successions. On trouve cependant dans Demolombe un argument d'un ordre plus général et susceptible de s'appliquer aussi bien dans les autres cas que nous avons examinés. C'est, dit-il, que la résolution « n'aura eu lieu que

(10) Req., 14 avril 1847, S., 47. 1. 344, D., 47. 1. 217; Req., 23 août 1871, D., 73. 1. 321.

(11) Pothier, *Introduction au titre XVII de la Coutume d'Orléans*, n° 96; Demolombe, XVI, n° 308; Marcadé, art. 863, n° 2; Aubry et Rau, X, § 634, texte et note 29. — *Contra* Toullier, IV, nos 510-511.

dans l'intérêt tout relatif des cohéritiers auxquels le rapport était dû, de telle sorte que le donataire lui-même serait non recevable à s'en prévaloir contre ses propres ayants cause. Est-il besoin d'ajouter que cette solution si logique est, en outre, éminemment conforme à la bonne foi, à l'équité, à l'intérêt public. » Si, grâce à l'idée que la résolution n'a lieu qu'au profit de personnes déterminées, le maintien des droits réels consentis peut être justifié même par les partisans de la règle *resoluto jure dantis...*, à plus forte raison cette solution doit-elle être adoptée lorsque l'on applique l'idée d'inopposabilité, dont le propre est justement de laisser subsister entre les parties l'acte qu'elles ont passé, et de le frapper simplement d'inefficacité au regard de certaines personnes : le sous-acquéreur est resté propriétaire à l'égard de l'aliénateur et de ses ayants cause, l'acquéreur de droits réels en est demeuré titulaire; seul le titre de leur auteur a été résolu, et non pas le leur propre. Aussi dirons-nous que le sous-acquéreur pourra réclamer la restitution du bien, qu'une servitude pourra à nouveau s'exercer, et que le bien sera grevé de toutes les hypothèques consenties. D'ailleurs, n'avons-nous pas rencontré une solution semblable en matière de publicité et reconnu que si le vendeur rentre en possession du bien dont l'acquéreur a été privé par suite du défaut de transcription, cet acquéreur pourra en exiger la restitution ? (12).

Mais l'on peut se demander si les hypothèques qui recouvrent ainsi leur efficacité doivent faire l'objet d'une nouvelle inscription. Pour nous, la réponse ne peut être que négative, puisque le droit n'a pas cessé d'exister : l'inscription n'a pas dû être radiée, à raison justement de la

(12) *Supra*, p. 80.

possibilité du retour du bien dans le patrimoine du débiteur : ici encore, il nous semble qu'il faut étendre aux différents cas de résolution la solution admise en matière de rapport (13); nous avons d'ailleurs vu qu'en cas de faillite, lorsqu'une hypothèque est déclarée inopposable à la masse, elle n'en demeure pas moins inscrite à son rang (14). Il en résulte tout naturellement que si le débiteur a consenti une hypothèque avant la résolution, puis en a constitué une seconde après avoir recouvré le bien, c'est le créancier antérieur à la résolution qui l'emporte : *inter partes* son droit est resté valable, son inscription même n'a pas disparu, et il doit primer par suite tous ceux dont les droits ne sont nés que postérieurement du chef de son débiteur. Mais, au contraire, il ne saurait primer une hypothèque consentie par celui qui a obtenu la résolution, car les créanciers de ce dernier peuvent, nous l'avons vu, invoquer l'inopposabilité en son nom et par suite repousser les prétentions des créanciers de celui dont le titre a été résolu, même antérieurement inscrits.

Notons enfin que, d'après l'opinion générale ceux au profit desquels des aliénations ont été consenties ou des droits réels constitués auront un recours contre leur auteur s'ils se trouvent, par suite de l'inopposabilité, privés en tout ou en partie du bénéfice de l'acte qu'ils ont passé.

(13) Marcadé, art. 865, n° 2, *in fine*.

(14) *Supra*, p. 191-192.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — RENONCIATION DU TIERS.

La résolution étant établie dans l'intérêt privé de celui qui en bénéficie, il peut certainement renoncer non seulement à la demander, mais aussi à invoquer l'inopposabilité qui la sanctionne⁽¹⁵⁾. Et cela soit expressément soit tacitement (vendeur n'exerçant pas le réméré dans le délai fixé), après et même avant l'accomplissement de la condition : c'est ainsi que le donateur qui concourt à la vente des biens donnés est généralement considéré comme renonçant à exercer son droit de retour à l'encontre de l'acquéreur et même du donataire⁽¹⁶⁾. La renonciation à l'inopposabilité pourra avoir lieu soit purement et simplement, soit en réclamant au donataire le prix de vente des biens aliénés; on a même admis dans cette dernière hypothèse que le donateur pouvait demander les biens acquis en remploi du prix⁽¹⁷⁾.

Cependant, dans le cas de révocation des donations pour survenance d'enfant, la résolution n'est pas établie dans l'intérêt de celui qui a passé l'acte, mais dans celui de l'enfant et, par suite, le donateur ne peut renoncer ni à la réso-

(15) Aubry et Rau, XI, § 700; Roux, *De la révocation des donations*, thèse Paris, 1880, p. 140-141.

(16) Aubry et Rau, *ibid.*

(17) Dijon, 30 juin 1893, S., 94. 2. 183, note de M. Saleilles.

lution elle-même ni à l'inopposabilité qui la sanctionne. C'est ce qui résulte d'ailleurs des articles 964 et 965 qui annulent non seulement toute renonciation antérieure, mais aussi toute confirmation postérieure :

Article 964 : « Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle donation. »

Article 965 : « Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant sera regardée comme nulle et ne pourra produire aucun effet. »

Et ce que le donateur ne peut faire directement par une renonciation expresse, il ne peut l'accomplir indirectement en laissant le donataire ou ses ayants cause en possession, ou même, en effectuant la délivrance des biens après la naissance de l'enfant. L'article 962 dit en effet : « La donation demeurera pareillement révoquée, lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant... » Mais bien entendu, le donateur n'étant frappé d'aucune incapacité de disposer, s'il persiste dans sa volonté de gratifier le donataire, il peut refaire une nouvelle donation.

Toutes ces solutions, relatives à l'action en résolution elle-même, doivent être étendues à l'inopposabilité qui l'accompagne, et le donateur ne pourrait y renoncer en faveur des tiers acquéreurs.

§ II. — PRESCRIPTION.

Ici encore, avant de voir si l'inopposabilité accompagnant la résolution peut disparaître par prescription, il nous faut, pour la clarté du sujet, nous occuper tout d'abord des prescriptions qui jouent à côté et aboutissent également à mettre obstacle à l'inopposabilité.

On trouve en premier lieu la prescription de l'action en résolution, s'accomplissant par trente ans et ayant pour conséquence de faire disparaître l'inopposabilité par contre-coup. Il y a de plus la prescription acquisitive de celui dont le titre a été résolu, prescription trentenaire naturellement puisqu'il n'y a ni titre ni bonne foi. Son point de départ est l'arrivée de la condition, mais l'article 966 vient préciser qu'en matière de révocation des donations pour survenance d'enfant, chaque nouvelle naissance interrompt la prescription, et que par conséquent celle-ci ne court que de la naissance du dernier enfant. C'est une solution que l'on trouvait déjà dans l'ancien droit : « La raison en est, disait Pothier (48), que chaque enfant qui survient au donateur lui donne un droit de révoquer la donation; c'est pourquoi si le droit que lui a donné son premier enfant est prescrit par le laps des trente années écoulées depuis, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier. » Cette prescription, consolidant le droit de celui dont le titre a été résolu, consolide par là même tous les droits qu'il a consentis et aboutit par conséquent aux mêmes résultats qu'une prescription de l'inopposabilité.

Enfin, on trouve encore la prescription acquisitive du

(48) *Traité des donations*, édit. Bugnet, VIII, n° 173.

sous-acquéreur ou de l'acquéreur de droits réels. Le sous-acquéreur, ayant titre et bonne foi, pourra usucaper par dix à vingt ans (19). En ce qui concerne les droits réels, la question ne se pose pas pour l'hypothèque, mais seulement en matière de servitudes et d'usufruit; pour les premières, la seule prescription possible est celle de trente ans (20), mais l'usufruit peut s'acquérir par usucapion de dix à vingt ans (21). Cependant l'article 966 apporte encore une dérogation au droit commun en matière de révocation des donations pour survenance d'enfant : dans tous les cas, les tiers détenteurs et autres ayants cause, quels qu'ils soient, ne pourront opposer que la prescription trentenaire; c'est là, dit-on, une mesure de protection des enfants du donateur.

Quel est le point de départ de cette prescription ? Est-ce le moment de l'entrée en possession ou seulement l'arrivée de la condition résolutoire ? A l'égard de celui dont le titre est résolu, c'est certainement à partir de l'entrée en possession que court la prescription : ainsi, un tiers acquiert du grevé par un titre entaché d'un vice un bien compris dans la substitution ou exerce une servitude sur ce bien, au bout du temps requis il devient propriétaire ou titulaire de la servitude à l'égard du grevé. Mais doit-il en être de même à l'égard de celui qui a obtenu la résolution et qui bénéficie de l'inopposabilité ? On admet généralement que oui, puisqu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exception prévus par la loi et qu'il ne peut donc arguer de la suspension de la prescription jusqu'au moment de la résolu-

(19) Baudry-Lacantinerie et Tissier, nos 672 et 698; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, I, n° 1873.

(20) Art. 690; Req., 23 nov. 1878, S., 76. 1. 403, D., 76. 1. 423.

(21) Colin et Capitant, I, p. 908.

tion (22). Ici encore en matière de révocation des donations pour survenance d'enfant, l'article 966 fait échec au droit commun : la prescription ne pourra courir que de la naissance du dernier enfant, même posthume; on ne prend donc pas en considération l'entrée en possession.

Mais y a-t-il une prescription de l'inopposabilité en elle-même ? Peut-on dire, par exemple, que trente ans après l'arrivée de la condition le bénéficiaire n'aura plus aucun recours contre les sous-acquéreurs ou acquéreurs de droits réels ? La question ne présente pas un grand intérêt pratique, car une des autres prescriptions jouera le plus souvent; aussi les auteurs sont-ils muets sur ce point, mais il nous semble qu'il faut rejeter ici toute prescription extinctive; nous avons vu, en effet, que l'inopposabilité est toujours invoquée par voie d'exception, soit qu'il s'agisse de repousser les prétentions d'un tiers voulant faire valoir un droit réel consenti par celui dont le titre a été résolu, soit qu'il s'agisse d'assurer le succès de l'action en revendication, elle-même imprescriptible, à l'encontre d'un sous-acquéreur voulant se prévaloir de son titre pour y résister. Or les exceptions ne sont pas susceptibles de disparaître par prescription.

§ III. — DÉSINTÉRESSEMENT.

Dans la plupart des cas, les sous-acquéreurs ou acquéreurs de droits réels n'auront pas avantage à désintéresser le bénéficiaire de l'inopposabilité pour obtenir le main-

(22) Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 394 et s. Cf., pour le droit de retour : Aubry et Rau, XI, § 700, p. 304; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 400; — pour la substitution : Mérignhac, *Des substitutions permises*, thèse Toulouse, 1900, p. 111 et s.; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 408; Cf. Planiol, III, n° 3327, p. 948, note 1.

tien de leurs droits. Il peut cependant en être autrement dans l'hypothèse de révocation des donations pour inexécution des charges, le donateur ayant le choix entre l'action en résolution et l'action en exécution : si la charge est de nature à pouvoir être accomplie indifféremment par toute personne, les tiers détenteurs pourront éviter l'éviction en offrant de satisfaire à cette charge. Il y a alors suppression de l'intérêt à demander la révocation et par contre-coup suppression du droit d'invoquer l'inopposabilité (23). Mais le tiers acquéreur pourra demander à son auteur le remboursement de ce qu'il a versé, soit comme subrogé aux droits du donateur, soit comme gérant d'affaires.

(23) Colin et Capitant, III, p. 804; Limoges, 12 janv. 1906, S., 07. 2. 25, note de M. Wahl, D., 06. 2. 258.

CHAPITRE IX

INOPPOSABILITES DE L'INVALIDITE D'UN ACTE

Jusqu'à présent nous avons examiné des hypothèses où un acte, en lui-même parfaitement valable, était inopposable à certaines personnes que la loi voulait protéger ou favoriser. Ce dont il s'agissait, c'était donc de l'inopposabilité de la validité de cet acte, si nous pouvons nous exprimer ainsi.

Mais on peut penser à la situation inverse et à l'hypothèse d'un acte nul. Comme la nullité a, en principe, toute personne pour sujet passif, elle atteindra non seulement ceux qui ont passé l'acte, mais aussi les tiers, qui subissent les effets de la nullité comme ils subissent les effets de l'acte valable. Solution qui conduirait souvent à des iniquités, tant au point de vue des parties qu'à celui des tiers, si elle était rigoureusement appliquée dans toutes ses conséquences logiques. Mais la loi et la Jurisprudence sont intervenues et ont limité les effets de la nullité.

En ce qui concerne les parties tout d'abord, on a protégé soit l'une d'elles, soit même les deux, contre les effets de la nullité invoquée tant par l'autre partie que par un tiers : c'est ainsi que, grâce à la théorie du mariage putatif, on limite les conséquences de la nullité au profit de l'époux de bonne foi et de ses enfants; de même, la loi et la Jurispru-

dence valident les actes passés avec un créancier apparent (art. 1240), un propriétaire ou un héritier apparents.

En ce qui concerne les tiers, la loi les a également protégés en édictant l'inopposabilité de l'invalidité de certains actes. Précisons bien ce que nous entendons par là. Nous avons vu qu'il y avait inopposabilité d'un acte quand, cet acte étant pleinement valable et efficace entre les parties, ou entre l'auteur et le bénéficiaire de cet acte, des tiers, en plus ou moins grand nombre, avaient le droit de tenir cet acte pour inefficace à leur égard et de le considérer comme non avenu. A l'inverse, il y aura inopposabilité de l'invalidité d'un acte quand, un acte ayant été passé et la loi permettant pour une cause quelconque aux parties ou à des tiers de le faire annuler, et cette nullité produisant tous ses effets *inter partes*, cet acte est réputé valable à l'égard de certains tiers, qui échappent par là aux effets de la nullité. On interdit donc aux personnes ayant le droit d'invoquer la nullité de s'en prévaloir à l'encontre de ces tiers.

Il ne faudrait pas dire qu'il y a là nullité relative : dans la nullité relative, quelques personnes seules ont le droit d'agir, mais une fois la nullité prononcée, elle s'impose à tous. C'est d'une limitation des sujets actifs qu'il s'agit, alors que nous envisageons une « limitation des sujets passifs du droit de critique », comme dit M. Japiot, ou une « limitation à l'effet des nullités », selon l'expression de M. Piédelièvre. Précisons bien qu'il ne s'agit pas d'empêcher certains effets de la nullité de se produire *erga omnes*, de laisser subsister quelques effets principaux ou secondaires de l'acte annulé, mais de faire produire à cet acte tous ses effets vis-à-vis de personnes déterminées.

La situation est à la fois identique à celle que nous avons examinée jusqu'à présent et inverse. Inverse parce qu'il s'agit de l'invalidité, et non de la validité d'un acte; iden-

tique parce que dans les deux hypothèses l'inopposabilité se traduit par l'inefficacité d'un droit vis-à-vis des tiers. Mais, dans l'une, c'est le droit né du contrat; dans l'autre, c'est le droit à la nullité.

Quels sont les cas où il en est ainsi ? Nous n'en avons découvert que trois. En droit civil, on rencontre celui des actes apparents : nous avons vu, en effet, dans notre chapitre V, que la nullité ou même l'inexistence d'un acte détruit par une contre-lettre ne pouvait être invoquée *erga omnes*, et que corrélativement la validité de la convention secrète ne se produisait pas à l'encontre de tous les tiers. Mais nous ne reviendrons pas sur cette question : l'inopposabilité de la nullité de l'acte apparent et l'inopposabilité de la contre-lettre se complètent en effet, protègent les mêmes tiers et produisent les mêmes conséquences, si bien que nous ne ferions que redire pour l'une ce que nous avons déjà exposé à propos de l'autre. Il ne nous restera donc que deux cas à envisager. Ils se rencontrent tous deux en droit commercial : l'un résulte de la loi, c'est celui des nullités de sociétés; l'autre est consacré par la Doctrine et la Jurisprudence et connu sous le nom de théorie de l'inopposabilité des exceptions.

En ce qui concerne les sociétés de commerce, la loi du 24 juillet 1867 a tout d'abord prescrit, dans ses articles 1 à 5 et 22 à 25, un certain nombre de formalités de constitution. Si l'une ou l'autre n'a pas été observée, la sanction est prévue par les articles 7 et 41, ainsi conçus :

« ART. 7. — Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi. *Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.* »

« ART. 41. — Est nulle et de nul effet à l'égard des inté-

ressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, 23, 24 et 25 ci-dessus. »

Quoique, par un oubli du législateur, le second alinéa de l'article 7 n'ait pas été reproduit par l'article 41, tout le monde admet que la même solution est applicable et qu'en matière de sociétés anonymes également, la nullité pour vice de constitution ne peut être opposée aux tiers par les actionnaires.

De plus, la loi de 1867 édicte aussi des formalités de publicité : nous avons vu plus haut (chap. I^{er}) qu'on ne pouvait leur donner pour sanction une inopposabilité, mais bien une nullité. Comme les articles 7 et 41, l'article 56 la restreint au profit des tiers; il est en effet ainsi conçu : « Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés; *mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.* » Ce qui peut se traduire ainsi : la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

En ce qui concerne les formalités de publicité des actes modificatifs, nous avons également vu que leur sanction était la nullité de la modification et, par analogie avec la solution admise en matière de publicité des statuts, on admet que cette nullité est inopposable aux tiers.

En matière de délibérations prises par les assemblées d'actionnaires, on trouve aussi toute une série de règles dont l'inobservation entraîne la nullité de la délibération, mais cette nullité ne peut non plus être opposée aux tiers qui ont traité en se fondant sur les décisions prises (1).

(1) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 686; Japiot, p. 646-647; V. cependant Req., 19 janv. 1905, D., 06. 1. 169, et la note de M. Thaller critiquant cet arrêt.

Nous aurons enfin à examiner la question de l'inopposabilité des exceptions; si tout le monde est d'accord sur l'utilité pratique et économique de cette solution, on ne s'entend pas sur sa justification théorique : les uns voient, en effet, dans la transmission d'un titre à ordre une cession de créance, et comme en cette matière la règle est l'opposabilité des exceptions, ils éprouvent les plus grandes difficultés à justifier cette dérogation : on est obligé de recourir à une présomption de volonté des parties. Quant aux autres, ils résolvent la question en la supprimant et en déclarant que la transmission d'un titre à ordre ne constitue pas une cession de créance, mais une délégation acceptée d'avance par le débiteur. Nous n'avons pas à entrer dans cette controverse : l'inopposabilité des exceptions est admise unanimement tant en Doctrine qu'en Jurisprudence, elle s'impose à nous comme un fait, avec autant de force que si un texte de loi l'avait consacrée. Nous n'avons pas non plus à rechercher individuellement si telle exception est frappée d'inopposabilité ou non, à nous demander s'il serait bon que telle exception survive à la transmission du titre plutôt que telle autre; c'est là une question d'extension possible de l'inopposabilité qui ne rentre pas dans notre sujet. La seule chose que nous ayons à faire, c'est de prendre les différents cas tels qu'ils nous sont fournis par la Doctrine et la Jurisprudence, et de rechercher les règles auxquelles ils obéissent pour nous demander ensuite si ces règles sont les mêmes que celles qui s'appliquent dans les autres hypothèses d'inopposabilité.

Quelles sont donc les exceptions que nous aurons à envisager ? On peut les classer en deux groupes : les unes étant des moyens de nullité, les autres des causes d'extinction de la dette. Dans le premier groupe rentrent le dol et l'ab-

sence ou l'illicéité de la cause (2); dans le second, le paiement, la compensation, la confusion, la remise de dette, la résolution (3). Les autres exceptions sont opposables *erga omnes* (incapacité, violence, faux, vice de forme), sauf si le débiteur a commis une faute; mais il sera alors tenu en vertu d'une idée de responsabilité, et non par suite de la théorie de l'inopposabilité des exceptions (4).

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

En matière de sociétés, ce sont évidemment les tiers auxquels la nullité de la société, de la modification des statuts ou de la délibération prise par l'Assemblée générale serait préjudiciable. Ce sont donc les créanciers sociaux : les contrats passés avec la société seraient nuls par contre-coup, et la nullité de la société entraînerait pour eux l'obligation d'agir séparément contre les associés; de même, si la modification des statuts emportait nomination d'autres administrateurs, ceux qui ont traité avec eux seraient lésés. Les créanciers sociaux ont donc bien intérêt à repousser la nullité.

(2) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 1473; Wahl, n°s 1809 et 1932; Guinel, *Etude sur l'opposabilité et la non-opposabilité des exceptions dans les titres à ordre*, thèse Rennes, 1903; — Amiens, 3 févr. 1928, D. H., 1928, p. 217.

(3) Thaller et Percerou, n° 1474; Wahl, *ibid.*

(4) Thaller et Percerou, n° 1469.

Mais seuls bénéficieront de l'inopposabilité les créanciers sociaux antérieurs au prononcé de la nullité, et les créanciers postérieurs ne sauraient s'en prévaloir. Ainsi un tiers, ignorant l'annulation de la société, croit son gérant toujours en fonction et traite avec lui : il n'est pas recevable à prétendre que son acte est opposable aux associés, sous prétexte que ceux-ci ne peuvent opposer la nullité aux tiers (3). La nullité peut être invoquée *erga omnes* pour les rapports qui naissent postérieurement à l'annulation, et n'est limitée passivement que pour les rapports nés antérieurement.

Quant aux créanciers personnels, quelle est leur situation? Ils voient une partie de leur gage leur échapper; ils ne peuvent le recouvrer que si la société est nulle et si, par suite, elle ne constitue pas une personne morale. Ils n'ont donc aucun intérêt à tenir la société pour régulière et ne figurent pas dans les tiers visés par la loi de 1867; de même, ils ne peuvent invoquer l'inopposabilité de la nullité d'une délibération, car seuls ceux qui ont traité sur la foi de cette délibération ont intérêt à sa validité. Ce sont donc uniquement les créanciers sociaux qui bénéficieront de l'inopposabilité.

En matière d'inopposabilité des exceptions, c'est le porteur qui est protégé contre la nullité dont était entaché le titre, et par suite son droit; mais ses ayants cause pourraient également invoquer l'inopposabilité en son nom s'ils y trouvaient avantage.

(3) Japiot, p. 317, note 1.

SECTION II

**Personnes contre lesquelles peut être invoquée
l'inopposabilité.**

Les bénéficiaires de l'inopposabilité peuvent l'invoquer tout d'abord, en matière de société, contre les associés, individuellement pris ou représentés par les gérants ou administrateurs. Mais peuvent-ils, en outre, l'invoquer contre les créanciers personnels des associés, de façon à résister à la nullité dont ceux-ci voudraient se prévaloir à leur rencontre? S'il s'agit d'une société nulle pour vice de constitution, mais qui a été néanmoins régulièrement publiée, MM. Thaller et Percerou admettent que les créanciers sociaux pourront invoquer l'inopposabilité aux dépens des créanciers personnels et se payer par préférence sur l'actif social (6). Mais quelle solution adopter si la société nulle pour vice de constitution n'a pas été publiée, ou s'il s'agit simplement d'une société nulle pour défaut de publicité? On a dit que le droit des créanciers des associés devait être limité passivement comme celui des associés, le créancier n'ayant pas plus de droit que son débiteur. Mais ici le créancier n'invoque pas la nullité comme ayant cause : « La nullité est absolue activement, donc lui confère un droit de critique absolument distinct de celui de son débiteur, un droit propre, qu'il n'y a aucune raison de dire atteint par la même limitation passive que le droit de l'associé. » Aussi Doctrine et Jurisprudence admettent-elles que l'inop-

(6) N° 548.

posabilité ne peut être invoquée par les créanciers sociaux à l'encontre des créanciers personnels des associés (7). « Ce qui est essentiel, c'est le droit de demander la nullité, et les tiers l'ont avant tout : aussi, en cas de concours entre eux, ceux-là l'emporteront qui demanderont la nullité. » (8). C'est d'ailleurs conforme au texte de la loi, d'après lequel la nullité ne pourra être opposée aux tiers *par les associés*.

La même solution doit être admise s'il s'agit de conflits entre créanciers sociaux : nous verrons qu'ils peuvent renoncer à se prévaloir de l'inopposabilité et, par suite, il se pourra que certains d'entre eux invoquent la nullité et d'autres l'inopposabilité, c'est-à-dire la régularité de la société. On comprendrait que l'on applique simultanément la nullité à l'égard des uns et la validité à l'égard des autres. Mais « si l'inopposabilité est une sanction assez heureuse quand il s'agit d'un contrat qui produit ses effets en une fois, les épuisant aussitôt, ou d'un contrat qui ne met en présence que deux ou quelques personnes, elle est, au contraire, une sanction dangereuse et regrettable lorsque le contrat développe successivement la série de ses conséquences dans le temps et suppose l'intervention de nombreuses personnes » (9). Aussi restreint-on ici encore le domaine de l'inopposabilité, et admet-on qu'en cas de conflit l'emporteront ceux qui voudront se prévaloir de la nullité (10).

L'inopposabilité ne peut donc être invoquée que dans les

(7) Thaller et Percerou, n° 374; Lyon-Caen et Renault, n° 228; Hémard, *Nullités des sociétés*, n° 220; Japiot, p. 645, note 3. Thaller, note au D., 1902. 1. 89; — Cass., 4 avr. 1893, S., 97. 1. 487; Cass., 20 nov. 1901, S. 04. 1. 22; Cass. 7 juin 1904, S., 03. 1. 8, D., 04. 1. 455.

(8) Hémard, *ibid.*

(9) Hémard, n° 216.

(10) Hémard, n° 222.

rapports des associés et des créanciers sociaux : à l'exception de la société ou des associés, personne ne peut être contraint de reconnaître la validité d'une société nulle. Et il en sera ainsi non seulement en matière de nullité de société pour vice de constitution ou défaut de publicité, mais aussi en matière de nullité des actes et délibérations pour défaut de publicité ou autres irrégularités consistant, par exemple, dans le fait que l'assemblée, convoquée pour délibérer sur une question, a pris une délibération relative à une autre.

En matière d'inopposabilité des exceptions, la limitation passive de la nullité ou des exceptions nées à raison d'un fait postérieur pourra être invoquée tout d'abord contre le débiteur, tiré ou souscripteur du billet; mais elle jouera également à l'encontre des porteurs successifs, tenus à garantie d'après le droit du change : pas plus que le débiteur, ils ne pourront se prévaloir des exceptions à l'encontre du porteur; celui-ci pourra donc s'en prévaloir *erga omnes*.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

En matière de sociétés, il faut supposer que la nullité a été prononcée et qu'un tiers bénéficiaire de l'inopposabilité, un créancier social, veuille faire valoir cette inopposabilité. Ou bien il est défendeur, étant actionné par les associés en nullité de l'engagement contracté par la société : il lui suffira alors d'invoquer, par voie d'exception, les arti-

cles 7, 41 et 56 de la loi de 1867 pour repousser cette action. Ou bien, au contraire, il est demandeur, il agit pour obtenir l'exécution de la prestation qui lui est due, et on lui oppose la nullité de la société : il lui suffira d'agir par voie de réplique.

C'est aussi par voie de réplique que le porteur d'un effet de commerce fera valoir l'inopposabilité des exceptions que le débiteur voudrait invoquer pour résister à son action en paiement.

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

« La nullité ou l'irrégularité ne peut pas porter préjudice aux tiers... On ne comprendrait pas, en effet, que l'irrégularité pût servir aux associés à éluder l'accomplissement de leurs engagements, qu'elle leur fût avantageuse alors qu'elle serait défavorable aux tiers. L'irrégularité, somme toute, est plus ou moins la faute des associés; aucune faute n'est imputable aux tiers. » (11).

Les tiers seront donc mis à l'abri de tous les effets de la nullité : les contrats passés avec la société seront valables, et la personnalité morale subsistera à leur égard, ce qui leur permettra de ne pas poursuivre tous les associés, mais la société en tant que telle, de faire mettre la société en

(11) Hémar, n° 226.

faillite, de se payer sur l'actif social par préférence aux actionnaires, etc.

Mais, s'ils le veulent, les créanciers peuvent tenir la société pour nulle : le législateur veut que la nullité ne leur nuise pas, il ne s'oppose pas à ce qu'elle leur profite (12).

En matière d'effets de commerce, le résultat de l'inopposabilité des exceptions est absolument le même : le porteur est à l'abri des moyens de nullité ou des causes d'extinction de la dette que peut avoir le débiteur, et obtiendra donc son paiement comme si tout s'était passé régulièrement.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

En ce qui concerne les sociétés, la nullité continue à produire toutes ses conséquences. Mais on a beaucoup discuté sur son caractère. La majorité des auteurs la considèrent comme absolue, et de nombreuses décisions de justice, sans toutefois la qualifier d'absolue ou de radicale, la déclarent d'ordre public. « La publicité, ou les formalités constitutives, dit-on, sont indispensables à l'existence de la société; elles constituent une mesure d'intérêt général, d'intérêt public : la nullité qui les sanctionne doit donc être d'ordre public; la loi dit d'ailleurs qu'elle peut être invoquée par tout intéressé et c'est là un des traits caractéristiques de la nullité absolue. » (13). De plus, ce qui prouve qu'il s'agit bien là d'ordre public, c'est que cette nullité n'est susceptible ni de confirmation ni de prescription : elle n'est pas couverte entre les associés par un accord des contractants ou l'exécution volontaire du pacte social; elle ne saurait l'être

(12) Cf. *infra*, sect. V, § 1 : *Renonciation*.

(13) Cf. Douai, 26 oct. 1911, D., 13. 2. 79.

vis-à-vis des tiers par l'existence notoire ou la longue durée de la société (14).

Mais contre cette conception, les objections ne manquent pas : « Il y a des dispositions légales qui, bien que fondées sur un motif d'utilité générale, n'ont cependant pour objet que la protection d'intérêts privés, sans toucher en aucune manière à l'ordre public. » Et cette nullité ne présente pas tous les caractères d'une nullité absolue : elle n'existe pas de plein droit, une action en justice est nécessaire, et le juge ne peut la relever d'office; elle n'a pas d'effet rétroactif, entre les parties tout au moins. On a parlé alors de nullité relative; mais ici encore la théorie générale des nullités ne cadre pas avec les solutions admises : qu'est-ce qu'une nullité relative qui peut être invoquée par tout intéressé et qui n'est pas susceptible de disparaître par prescription ? On est obligé de dire que c'est une nullité *sui generis*, ayant le même effet qu'une dissolution anticipée de la société.

En ce qui concerne les effets de commerce, l'inopposabilité des exceptions n'empêche pas le débiteur de faire valoir la nullité ou l'extinction de son engagement. C'est ainsi, par exemple, que le tiré pourra invoquer contre le tireur le dol ou l'absence de cause viciant son engagement, ou, contre celui qui l'a fait naître, l'exception de compensation ou de remise de dette.

Ainsi, l'invalidité de l'acte subsiste pleinement dans les rapports des parties entre elles, et ce n'est que vis-à-vis des tiers qu'elle disparaît.

(14) Hémard, n^{os} 211-212.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — RENONCIATION DU TIERS

Le tiers peut renoncer à se prévaloir de l'inopposabilité et considérer, par exemple, la société comme nulle puisque c'est dans son seul intérêt privé que l'inopposabilité est édictée. Le tiers a donc un droit d'option à exercer entre la nullité et la validité de la société, mais seulement dans ses rapports avec les associés, puisque vis-à-vis des tiers il lui faut tenir la société pour nulle. Une fois exercée, l'option doit être irrévocable et indivisible. Après avoir opté en un sens, les créanciers sociaux ne sauraient se prononcer par la suite dans l'autre : ils sont définitivement liés par leur choix. Ainsi, après avoir déclaré tenir la société pour nulle, ils ne peuvent se prévaloir de sa validité; aussi croyons-nous que *l'inopposabilité ne pourra jamais être invoquée par un créancier qui aura fait prononcer la nullité de la société* : en agissant en nullité, il a par là même opté; mais, bien entendu, tant que la nullité n'a pas été prononcée, il peut abandonner les poursuites et considérer la société comme régulière; ce n'est que la déclaration en justice de la nullité qui l'empêche de se prévaloir de son droit à l'inopposabilité. Il en résulte que l'inopposabilité ne jouera que quand la nullité aura été demandée par un associé : demandée par le tiers, elle supprime son droit; demandée par un autre créancier, elle s'impose à tous et

l'emporte sur l'inopposabilité, comme nous l'avons vu (15).

Mais, d'autre part, « l'option est indivisible. Les créanciers sociaux ne peuvent, en tenant la société pour régulière, invoquer certains effets de la nullité, ni inversement, en acceptant la nullité de la société, se prévaloir de conséquences dérivant de sa régularité. Il n'est pas logique qu'ils puissent prendre dans chaque alternative ce qu'elle leur offre de profitable pour rejeter ce qui leur nuit. Les effets que produisent soit la nullité, soit la validité de la société, ne peuvent être scindés... Les avantages des deux termes de l'option ne peuvent être cumulés » (16). Ainsi celui qui a vendu pour 1.000 francs de marchandise à la société nulle ne peut pas opposer d'une part la nullité de l'acte pour refuser la livraison des marchandises et d'autre part les restrictions apportées à cette nullité par la loi pour exiger le paiement des 1.000 francs (17).

En matière d'inopposabilité des exceptions, le tiers pourrait aussi renoncer à son droit, mais on ne voit pas quel intérêt il y trouverait.

§ II. — CONNAISSANCE.

Le tiers sera-t-il recevable à se prévaloir de l'inopposabilité de la nullité lorsqu'il aura connu le vice de constitution, par exemple, ou l'inobservation d'une règle sanctionnée par la nullité ? Si l'on ne considérait que l'équité pour protéger les tiers, il faudrait, sans hésiter, répondre par la négative : connaissant le vice, sachant que la société était menacée de nullité, ils n'avaient qu'à ne pas traiter

(15) *Supra*, section II.

(16) Hémard, n° 223.

(17) Japiot, p. 518.

avec elle et ne devraient s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils souffrent de cette nullité. Mais l'on considère que cette recherche psychologique serait une source de conflits sans nombre, et l'on n'admet pas que la connaissance des tiers puisse influencer sur leur droit à l'inopposabilité : même de mauvaise foi, ils seront à l'abri des atteintes de la nullité (18).

En ce qui concerne l'inopposabilité des exceptions, c'est, au contraire, la règle inverse qui est admise (19), et le principe n'existe qu'en faveur des tiers qui, au moment où ils ont acquis le titre, ignoraient l'existence de l'exception, « car, dans le cas contraire, ils sont complices d'une fraude qui consiste, pour le porteur antérieur, à se dessaisir du titre pour empêcher que l'exception ne soit invoquée » (20). Les tiers seront toujours de mauvaise foi si, par le titre lui-même, ils peuvent découvrir le vice qui l'entache : il en est ainsi, notamment, si le titre porte : « Valeur en dette de jeu. » « Mais au porteur de mauvaise foi, on ne doit pas assimiler celui qui a commis une faute lourde, c'est-à-dire qui est inexcusable de n'avoir pas connu les exceptions, car la mauvaise foi, c'est le fait de la connaissance de l'exception. » (21).

(18) Lyon-Caen et Renault, II, n° 784; Japiot, p. 643, note 1.

(19) Ruben de Couder, V° *Lettre de change*, n° 535; Wahl, n° 1933. Req., 23 janv. 1928, D. H., 1928, p. 114.

(20) Wahl, *ibid.*

(21) Wahl, *ibid.*

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI DE SYNTHÈSE

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI DE SYNTHÈSE

En commençant ce travail, nous pouvions avoir quelque doute sur la possibilité d'arriver à une théorie générale. C'est qu'en effet, si l'inopposabilité n'a jamais fait l'objet d'aucune tentative de synthèse, si les juristes se sont contentés d'examiner individuellement chaque solution particulière, c'est que les différents cas dans lesquels joue l'inopposabilité présentent une diversité telle qu'un semblable résultat paraissait assez problématique, qu'il était permis de croire qu'en établissant des inopposabilités, le législateur avait procédé sans esprit de généralisation, sans rechercher autre chose que des solutions d'espèce utiles et équitables.

Et cependant, au fur et à mesure que nous avançons dans notre étude, nous avons pu voir qu'il n'y avait pas à l'intérieur des groupes que nous avons formés une diversité de règles et de solutions aussi grande qu'il apparaissait au premier abord, et que chacune de ces catégories formait un tout à peu près cohérent, un ensemble gouverné par des principes communs. C'est là un résultat déjà assez satisfaisant en lui-même, mais notre tâche n'est pas encore terminée : il s'agit maintenant de rassembler les solutions que

nous avons obtenues, de façon à formuler des règles vraiment générales, ou tout au moins aussi générales que possible. Ce travail sera relativement facile, puisque nous n'avons plus qu'à mettre côte à côte nos huit groupes d'inopposabilités et à comparer, suivant le plan que nous avons adopté, les résultats obtenus pour chacun d'eux. Mais avant d'en arriver là, nous commencerons par exposer le fondement général de l'inopposabilité.

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT GENERAL DE L'INOPPOSABILITE

Y a-t-il un fondement général de l'inopposabilité ? Est-il possible de trouver un principe ou, du moins, un petit nombre de principes auxquels on puisse rattacher toutes les hypothèses que nous avons examinées, et qui permettent de les justifier, de les motiver, au point de vue doctrinal ? Le législateur n'a-t-il été conduit à édicter des inopposabilités que pour des raisons pratiques d'équité et d'utilité, n'a-t-il fait qu'envisager chaque cas séparément, ou bien n'a-t-il pas obéi, plus ou moins inconsciemment, à quelques idées dominantes, à quelques principes d'un ordre supérieur, susceptibles d'englober toutes ces hypothèses ?

Nous avons déjà, dans notre première partie, procédé à une certaine classification en rangeant les inopposabilités en diverses catégories d'après le fondement immédiat qui les justifiait : si un acte est inopposable, avons-nous dit, c'est parce qu'il est frauduleux, qu'il n'est pas publié, qu'il porte atteinte à la réserve ou à des droits acquis, etc. Ce que nous voulons maintenant, c'est rechercher le fondement commun et lointain de ces différents groupes ; cela, ce n'est plus se demander pourquoi un acte donné est inopposable aux tiers, c'est rechercher pourquoi la loi a établi des règles sanctionnées de l'inopposabilité. La question que

nous devons nous poser est donc celle-ci : *Y a-t-il une idée commune qui justifie les différentes règles sanctionnées par l'inopposabilité ?*

Lorsque le législateur établit une règle de droit, c'est à la fois pour quelqu'un et contre quelqu'un. Pour quelqu'un, parce qu'il y a toujours des individus, en plus ou moins grand nombre, qui se trouveront bénéficier de la règle légale, parce que le législateur ne crée pas du droit abstrait et théorique, mais édicte une règle dans un but essentiellement pratique, pour favoriser ou pour protéger certaines personnes. Contre quelqu'un, parce que le droit qui est accordé aux uns s'exerce toujours aux dépens des autres, parce que favoriser ou protéger les uns ne peut s'obtenir que par la restriction des droits de ceux à l'encontre desquels s'exerce cette protection ou cette faveur. C'est dans cette double direction que nous devons diriger nos recherches : nous nous demanderons donc si l'idée commune qui permet de relier entre eux les différents cas d'inopposabilité se trouve en envisageant ses sujets actifs ou ses sujets passifs. D'où nos deux sections :

SECTION I. — *Recherche d'un fondement général au point de vue des sujets actifs de l'inopposabilité.*

SECTION II. — *Recherche d'un fondement général au point de vue des sujets passifs de l'inopposabilité.*

SECTION I

Recherche d'un fondement général au point de vue
des sujets actifs de l'inopposabilité.

En matière d'inopposabilité, si la loi intervient pour un tiers, c'est tantôt pour le protéger, tantôt pour le favoriser. Dans le premier cas, elle veut le mettre à l'abri d'un dommage qui résulterait pour lui du jeu normal des principes généraux, et l'inopposabilité revêt alors le caractère d'une mesure défensive; dans le second cas, au contraire, la loi permet au tiers de causer impunément préjudice à d'autres personnes en les privant partiellement du bénéfice qu'elles pouvaient retirer d'un acte : l'inopposabilité a alors le caractère d'une mesure agressive. Ces deux groupes pouvant reposer sur des fondements différents, nous les étudierons séparément.

§ I. — FONDEMENT DES INOPPOSABILITÉS DE PROTECTION.

Si un tiers paraît digne de protection, s'il mérite que l'on modifie à son profit l'application normale des principes généraux, c'est que le dommage dont il est menacé apparaît comme injuste. La question est donc de savoir pourquoi.

Souvent, c'est parce que le tiers est de bonne foi : il a acquis *a non domino*, ignorant que le vendeur s'était précédemment dépouillé; il a traité avec un mandataire sans soupçonner qu'une révocation était intervenue; il a accepté

en paiement un effet de commerce sans avoir connaissance du vice qui l'entachait; il a contracté avec une société sans se douter qu'elle était nulle, etc. Cependant, ce n'est guère qu'en matière de contre-lettres et d'inopposabilité des exceptions que nous avons vu intervenir l'idée de bonne foi, la protection du législateur étant réservée aux tiers qui ont ignoré l'acte clandestin ou le vice entachant le titre. Tenir compte de la distinction entre la bonne et la mauvaise foi présente, en effet, de nombreux inconvénients, car c'est faire pénétrer dans le droit une donnée psychologique toujours difficile à établir, et introduire par là dans tous les rapports juridiques un fâcheux élément d'incertitude. Or, le besoin de certitude, de sécurité, est, comme l'a bien montré M. Demogue, « le plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale, un des intérêts dont la législation moderne se préoccupe le plus... : donner de la sécurité aux individus, cette idée si simple a dans le droit de nos jours une importance colossale » (1). Toutefois la conciliation entre le respect de la bonne foi et le respect de la sécurité n'est pas impossible, et l'on y est parvenu par une appréciation non plus subjective mais objective de la bonne foi; de même qu'en matière de responsabilité délictuelle la faute est appréciée d'après le critérium objectif du bon père de famille, de même ici on appréciera la bonne foi d'après un critérium objectif, le même pour tous les individus et pour tous les cas. Ce critère, quel sera-t-il? A quel signe reconnaître, d'une façon commode et certaine, qu'une personne est de bonne ou de mauvaise foi?

En ce qui concerne l'existence même de l'acte, c'est l'idée d'apparence que l'on a fait intervenir : lorsqu'en appa-

(1) *Notions fondamentales*, p. 63 et s.

rence un acte existe ou n'existe pas, quelle que soit la réalité, cet acte sera réputé, au regard des tiers, avoir été passé ou n'être pas intervenu. Si un tiers contracte avec une personne parce qu'en apparence elle est toujours propriétaire, l'acte par lequel elle s'est dépouillée n'ayant pas été rendu public, cet acte sera réputé n'avoir pas eu lieu : « Celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire le même effet que le droit lui-même... Ainsi donc, il suffit d'avoir cru ou d'avoir pu croire que l'on acquerrait un droit pour en devenir titulaire. L'ombre d'une proie à saisir se transforme, par une heureuse métamorphose, en un droit véritable. » (2).

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faudra que l'apparence d'absence d'acte soit assez forte pour que l'on puisse raisonnablement se tromper sur la situation véritable. On rejoint alors le domaine du formalisme, le législateur ayant édicté l'accomplissement de certaines formalités, faute desquelles l'acte sera réputé n'avoir pas eu lieu, si bien que « pour les tiers, la forme est une véritable pierre de touche pour savoir sûrement si tel acte juridique a été passé » (3). Ainsi est réputée non avenue la subrogation consentie par le débiteur quand les prescriptions de l'article 1250 n'ont pas été observées, ou le transfert d'un titre à ordre quand l'endossement n'a pas été effectué. A la forme proprement dite, il faut ajouter la publicité, dont le rôle est absolument le même, puisque, quand l'apparence résultera de certaines mesures de publicité, les tiers pourront s'y fier en toute

(2) Demogue, p. 68 et 71.

(3) Demogue, p. 70.

sécurité : ainsi le vendeur sera réputé propriétaire tant que l'acte de vente n'aura pas été transcrit; les biens du débiteur seront censés libres de toute charge tant qu'une hypothèque ou un privilège n'auront pas fait l'objet d'une inscription; les époux seront considérés comme séparés de biens tant que leur réconciliation n'aura pas été publiée selon les règles posées par l'article 311, etc.

Grâce au formalisme donc, les tiers sont facilement à même de savoir si un acte juridique a été passé ou non. L'apparence qui en résulte a une force telle que l'on se refuse à tenir compte de la réalité et que l'on interdit de renverser cette apparence : une fois les formalités de publicité accomplies, les tiers sont légalement censés connaître l'acte et ne peuvent démontrer qu'en fait ils l'ont ignoré; inversement, les parties se verront refuser le droit de prouver que les tiers sont de mauvaise foi et qu'ils ont connu l'acte non publié : tant que les formalités prescrites n'ont pas été observées, ils bénéficient d'une présomption irréfragable d'ignorance.

En ce qui concerne, d'autre part, non plus l'existence mais la validité de l'acte, et lorsque, pour des considérations de sécurité et de stabilité, on ne veut pas tenir compte de la bonne foi, appréciée au point de vue subjectif, on peut faire appel à deux idées. La première est encore celle d'apparence, mais non plus sous l'aspect du formalisme, aucune règle de forme ne déterminant si un acte est valable ou non : c'est à l'appréciation personnelle, toujours objectivement considérée, qu'il faut s'en rapporter. On peut alors se demander quel est le degré d'apparence nécessaire pour que le tiers puisse être regardé comme étant de bonne foi ? Aucune réponse précise n'est possible, mais on ne peut obliger les tiers à faire un examen approfondi de l'acte dont la

validité peut être douteuse pour admettre qu'ils ont eu des raisons sérieuses de croire à cette validité. Exiger d'eux qu'ils prennent de telles précautions, ce serait rendre les rapports sociaux impossibles, ou tout au moins très difficiles, et supprimer la sécurité et la confiance qui doivent régner dans les affaires. Il suffit donc que l'acte présente extérieurement un caractère de régularité tel qu'un individu d'intelligence moyenne et soucieux du bon état de ses propres affaires puisse raisonnablement s'y tromper.

Mais à côté de l'idée d'apparence, il est une autre notion que l'on peut faire intervenir : c'est celle de notoriété. Au lieu de s'en rapporter à l'appréciation de l'intéressé, considérée au point de vue objectif, c'est à l'opinion courante que l'on se réfère, et l'on obtient ainsi un critérium de caractère général et collectif (4) : « c'est l'apparence à l'égard de tout le monde, et non plus d'une seule personne ». Grâce à la notoriété, on ne tiendra aucun compte de la réalité, non seulement en ce sens que les tiers pourront prendre l'acte pour ce qu'il leur est apparu, mais aussi en ce sens que l'on négligera la bonne ou la mauvaise foi du tiers : de même que nous l'avons vue disparaître devant le formalisme, nous la voyons ici céder devant le caractère collectif de la notoriété. Si l'apparence et la notoriété aboutissent à des résultats sensiblement identiques, il faut noter pourtant qu'au point de vue de la preuve il n'est pas indifférent de recourir à l'une de ces idées plutôt qu'à l'autre. Lorsqu'on s'appuie sur l'apparence, le juge peut aisément, par un examen personnel, se rendre compte du degré de régularité que présente l'acte : la solution dépend de son appréciation, et, par suite, il n'est besoin d'apporter aucune

(4) Cf. Hémard, n° 398.

preuve extrinsèque à l'acte; lorsque, au contraire, on fait appel à la notoriété, une preuve beaucoup plus complète et beaucoup plus délicate s'impose, puisqu'il s'agit de démontrer cette notoriété; aussi, lorsque l'acte présentera extérieurement un caractère suffisant de régularité, préférera-t-on recourir à l'idée d'apparence.

Cette notion a d'ailleurs, en ce qui concerne la validité de l'acte, un effet tout différent de celui qu'elle produit lorsqu'on l'envisage au point de vue de l'existence de l'opération. Alors que, sous l'aspect du formalisme, elle avait pour conséquence de faire considérer comme non venu un acte valablement passé, ici, au contraire, elle permet de tenir compte d'un acte qui n'existe pas, d'un contrat nul : et c'est ainsi que, grâce à l'apparence ou à la notoriété, nous voyons la société nulle pour vice de constitution, vivre, au regard des tiers, comme si elle était parfaitement régulière.

L'idée d'apparence permet donc de justifier un certain nombre d'hypothèses que nous avons envisagées : si un tiers ne mérite pas le dommage qui résulterait pour lui de la passation ou de l'irrégularité d'un acte, dont il devrait normalement subir les conséquences, c'est qu'apparemment cet acte n'était pas intervenu ou était parfaitement valable; lorsqu'un tiers a fait foi à l'apparence, lorsqu'il a eu toutes les raisons de se croire à l'abri d'un préjudice quelconque, si l'on trompe son attente, si l'on déçoit son espoir, on le dissuade d'agir, et par là on met obstacle à la vie juridique, on s'oppose au développement des transactions. Le respect de l'apparence se rattache alors à une idée de sécurité. mais envisagée à un point de vue que M. Demogue appelle dynamique, car elle a pour résultat de pousser à l'action (3),

(3) *Notions fondamentales*, p. 72.

et qui peut se formuler ainsi : « le titulaire d'un droit est dépossédé en totalité ou en partie des avantages qu'il comporte lorsque cela paraît utile pour l'intérêt de tiers qui ont pu raisonnablement croire que ce droit n'existait pas », qu'il s'agisse d'un droit né de la validité ou de l'invalidité d'un acte : ainsi est assurée la sécurité des acquéreurs de droit.

L'idée de sécurité, dont le domaine est beaucoup plus vaste que celui du respect de l'apparence, peut-elle servir de fondement aux hypothèses que nous ne saurions justifier avec cette dernière notion, celle-ci ne pouvant, en effet, expliquer les inopposabilités pour fraude ou pour atteinte aux droits acquis ? Cela semble fort possible, mais à condition de ne plus envisager l'idée de sécurité au même point de vue qu'auparavant : « A côté de cette conception de sécurité, que j'appellerais volontiers dynamique puisqu'elle pousse à l'action, dit M. Demogue (6), il y en a une autre, que je nommerais volontiers statique, et qui est la contrepartie nécessaire de la première. Elle se traduit par des adages qui semblent avoir la marque d'une vérité évidente : *Nemo dat quod non habet*... Quand une personne est titulaire d'un droit, elle ne doit pas pouvoir en être privée par le fait d'un tiers. » Or, nul doute que ce soit par application d'idées semblables qu'aient été établies les règles relatives au respect des droits acquis et à la fraude. Donner à un créancier un gage général dont le débiteur peut à son gré modifier la composition et la valeur, c'est fort bien lorsque le débiteur agit loyalement, mais dès qu'intervient la fraude, le créancier se trouve en fâcheuse situation : tout en restant théoriquement intact, puisque le lien juridique subsiste intégralement, son droit se trouve, en prati-

(6) *Ibid.*

que, plus ou moins compromis, au point d'être même quelquefois complètement anéanti; dans ces conditions, plus d'un hésitera à acquérir la qualité de créancier et le crédit général en souffrira. La sécurité des relations juridiques exige que celui qui a un droit ne puisse en voir l'exercice rendu pratiquement impossible par le fait d'autrui.

Ainsi l'idée de sécurité, envisagée soit au point de vue statique, soit au point de vue dynamique, peut être considérée comme le fondement général des inopposabilités de protection : « Toute forme et toute espèce de protection des tiers, au sens spécial de ce mot, dit Giovene, renferment et ébauchent plus qu'un concept juridique : un concept social. Le législateur, lorsqu'il assume la défense des tiers, satisfait à un véritable intérêt général et vise à ce que les tractations privées soient stables et sûres et à ce qu'elles ne se résolvent pas en une embûche tendue à leur bonne foi » (7). La sécurité dynamique, sous la forme plus précise d'apparence et de bonne foi, permet de justifier l'inopposabilité des droits résultant de l'invalidité de certains actes et des droits provenant d'actes clandestins ou contraires aux prescriptions de la loi concernant leur forme ou leur publicité. Quant à la sécurité statique, elle permet d'expliquer les inopposabilités pour fraude et pour atteinte aux droits acquis.

Ainsi, au point de vue des sujets actifs, nous avons trouvé un fondement général pour les inopposabilités de protection : *tous les titulaires en bénéficient par suite d'une idée commune : celle de sécurité*. Il nous faut maintenant rechercher si cette idée, sous l'une quelconque de ses deux formes, peut également servir de fondement aux inopposabilités de faveur.

(7) N° 57, p. 232.

§ II. — FONDEMENT DES INOPPOSABILITÉS DE FAVEUR.

Nous n'avons rencontré que deux groupes d'inopposabilités destinées non à protéger, mais à favoriser les tiers. Ce sont les inopposabilités sanctionnant la réserve et la résolution. La réserve, en effet, n'a pas pour but de protéger l'héritier contre un dommage qui résulterait pour lui de la transmission du patrimoine du défunt, tant en ce qui concerne les éléments actifs que passifs; l'héritier jouit pour cela de la renonciation à succession et de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. La réserve a pour but, nous l'avons dit, de lui procurer un avantage lors de cette transmission, en lui assurant une part de succession dont son auteur ne peut le priver.

C'est également par faveur pour une des parties, et non par mesure de protection, que le législateur a institué la résolution, tout au moins lorsqu'il s'agit de donations, de réméré ou d'inexécution des obligations. Quand ce sont les parties qui insèrent dans un contrat une condition résolutoire, il est impossible de savoir d'avance laquelle en bénéficiera : toute condition résolutoire donne en effet au contrat un certain caractère aléatoire, non pas en ce sens que la condition pourra se réaliser ou défaillir, mais au point de vue pécuniaire. Soit, par exemple, une vente d'immeuble affectée d'une condition résolutoire quelconque du type *si navis ex Asia venerit*; au moment de la conclusion du contrat, celui-ci revêt par hypothèse un caractère commutatif : le prix est égal à la valeur de l'immeuble. Au moment où la condition se réalisera, il est infiniment peu probable qu'il en soit encore ainsi. Si la valeur de l'immeuble a alors augmenté, le vendeur, qui n'aura à restituer que le prix, gagne à l'opération; au contraire, si le bien a

diminué de valeur, c'est l'acquéreur qui tire profit de la condition résolutoire. Cela découle de l'idée même que la vente est résolue et que les choses sont remises dans le même état que si elle n'était pas intervenue, mais cet effet profite tantôt à l'une, tantôt à l'autre des parties.

Ce caractère aléatoire ne disparaît qu'en cas de vente à réméré (nous nous plaçons toujours dans l'hypothèse où ce sont les parties qui stipulent la résolution). La condition résolutoire étant un fait purement potestatif de la part du vendeur, la déclaration de rachat, celui-ci ne l'accomplira que s'il y trouve son intérêt : si l'immeuble a augmenté de valeur, le vendeur exercera le réméré, mais, au cas contraire, il laissera s'écouler le délai sans agir. De toutes façons, il profite des chances de plus-value du bien.

Si nous nous plaçons maintenant dans les hypothèses où c'est la loi qui édicte la résolution, nous voyons que l'aléa est toujours supprimé et c'est justement en cela que consiste la faveur; dans tous les cas, celui au profit duquel est édictée la résolution est sûr d'en retirer un avantage. C'est évident en matière de révocation des donations, puisque le donateur rentre en possession de son bien sans avoir rien à restituer en échange. Mais ce n'en est pas moins vrai dans le cas de contrat à titre onéreux, lorsqu'il y a résolution pour inexécution. C'est que la résolution n'est alors jamais opérée de plein droit : elle n'est pas imposée, mais doit être demandée par celui dont le cocontractant n'exécute pas. La faveur consiste alors dans l'option entre le maintien du contrat et sa résolution : le bénéficiaire demandera l'un ou l'autre selon son avantage, selon que, par suite des événements postérieurs, il a intérêt à demander l'exécution du contrat ou sa disparition. Ici encore la résolution est tout bénéfice pour lui.

Pourquoi la loi favorise-t-elle ainsi certains tiers en leur accordant un droit à une réserve ou à une résolution ? Ce n'est certainement plus par suite de l'idée de bonne foi, d'apparence ou de sécurité : les inopposabilités de faveur n'ont donc pas le même fondement que les inopposabilités de protection. Mais peut-on, au moins, leur en trouver un qui leur soit commun à elles seules et auquel on puisse toutes les rattacher ? Y a-t-il une idée commune entre la réserve et la résolution ? Nous avouons ne pas en apercevoir, et il nous faut donc conclure que non seulement les inopposabilités agressives ne reposent pas sur le même fondement que les autres, mais que, même entre elles, on ne peut les rattacher à une base unique.

Aussi, puisque nous ne trouvons pas un fondement général de l'inopposabilité en envisageant ses sujets actifs, voyons si nous n'en découvrirons pas un en nous plaçant au point de vue des sujets passifs.

SECTION II

Recherche d'un fondement général au point de vue
des sujets passifs de l'inopposabilité.

Lorsque le législateur établit une règle de droit, nous l'avons dit, c'est à la fois pour quelqu'un et contre quelqu'un : la protection ou les faveurs accordées aux uns ne peuvent être obtenues qu'aux dépens des autres. Aussi lorsqu'il édicte une règle, le législateur ne doit-il pas seulement se préoccuper des sujets actifs, des bénéficiaires, il doit envisager également les sujets passifs et peser leurs intérêts respectifs : il ne suffit pas de vouloir protéger ou favoriser quelqu'un, il faut encore rechercher si cela n'aboutira pas à une injustice. Il faut donc que les sujets passifs de l'inopposabilité soient moins intéressants que les sujets actifs, et nous devons nous demander pourquoi il en est ainsi.

La première idée qui vient à l'esprit, lorsqu'on recherche pourquoi quelqu'un est sacrifié, c'est qu'il y a quelque chose à lui reprocher. Il en est bien ainsi en matière d'inopposabilité, et c'est particulièrement évident en ce qui concerne la fraude : l'inefficacité est accordée à l'encontre de personnes peu intéressantes, auxquelles on peut faire grief de vouloir frustrer autrui par des actes frauduleux. Il en est ainsi également en matière de contre-lettres et même d'inopposabilités de forme : la loi donne aux parties le moyen de rendre leurs actes opposables *erga omnes* en se conformant à certaines règles, destinées à concilier leur intérêt et celui des tiers ; si elles ne remplissent pas les formalités voulues, le préjudice qui en résulte est leur œuvre, on peut leur

reprocher la violation de la loi. Et c'est aussi ce qui se passe en matière d'invalidité d'un acte juridique, de nullité de société par exemple : les formalités de constitution ou de publicité n'ont pas été observées, et cela peut suffire à justifier le sacrifice des parties.

On a même été si loin dans cette voie que l'on a dit que les parties encouraient une véritable responsabilité et que l'inopposabilité n'était qu'une application du principe posé par l'article 1382. C'est ainsi qu'en ce qui concerne la transcription, M. Boissonnade a émis l'opinion suivante (8) : « L'acquéreur qui n'a pas transcrit a commis un quasi-délit; il est garant du préjudice qui en résulte pour les tiers qui auraient depuis son acquisition traité sur l'immeuble avec l'ancien propriétaire, acquis des droits réels de son chef ou donné la publicité légale à des actes passés antérieurement. » Et comme on ne peut causer à autrui le préjudice qu'une fois commis il faudrait réparer, le premier acheteur qui n'a pas transcrit ne peut évincer le second qui a transcrit : « *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* » De même, M. Lafond écrit de son côté (9) : « Le préjudice causé directement au second acquéreur par le défaut de publicité de la première transmission consiste dans les conséquences économiques de l'éviction de l'acquéreur. Nous venons ainsi d'établir un rapport de causalité entre le fait de l'omission de la publicité de la part du premier acquéreur et l'éviction subie par le second. Tant que ce fait sera licite, ce rapport ne permettra de fonder

(8) *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription, à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire* (Rev. pratique, XXX, 1870, p. 556, n° 24).

(9) *Essai critique sur la publicité des actes juridiques modificatifs du patrimoine*, thèse Paris, 1912, p. 34-35.

aucune action en responsabilité, mais si nous érigeons la publicité en obligation légale, ce fait devient alors une faute et donne lieu à l'application de l'article 1382. Et nous obtenons alors la sanction logique du défaut de publicité : le premier acquéreur devra réparer le préjudice qu'il cause par sa faute au deuxième; ce préjudice, nous venons de le voir, consiste dans les conséquences mêmes de l'éviction. Mais l'auteur de l'éviction n'étant autre que le premier acquéreur, il est clair que le meilleur moyen qu'il aura de réparer le préjudice sera de ne pas le causer, et cela conformément à la règle : « Qui doit garantie ne peut évincer. » L'argument vaut aussi bien pour les autres cas de publicité, et c'est ainsi que M. Boissonnade écrit également, à propos de la publicité du contrat de mariage, prescrite par la loi de 1850 : « La loi dit à la femme : « Si vous n'avertissez pas les tiers, vous serez responsable envers eux de » tout préjudice qu'ils éprouveraient de leur ignorance du » régime dotal adopté; en conséquence, vous ne les évincerez pas des biens achetés par eux, car vous auriez à leur » rendre immédiatement ces mêmes biens par voie d'action » en garantie; si cependant vous les avertissez au dernier » moment de votre omission, ils ne sont plus recevables » à exciper de leur ignorance. » (10).

De même, en matière de fraude, on a soutenu que l'action Paulienne était une action en responsabilité (11), ayant pour but la réparation du préjudice causé et revêtant par là le caractère d'une mesure réparatrice (12). De même en-

(10) *Loc. cit.*, p. 371, note 4.

(11) Huc, VII, nos 217 et 229; Acher, *Rev. trim.*, 1906, p. 85 et s.; Cf. Colin et Capitant, II p. 364.

(12) Colin et Capitant, II, p. 43, 49-50.

core, en matière de contre-lettres⁽¹³⁾, et de partage opéré au mépris d'une opposition⁽¹⁴⁾, on a dit que l'opération engendrait une responsabilité à l'égard des tiers.

Mais contre cette théorie les objections ne manquent pas. Tout d'abord, elle prend pour point de départ une assertion purement gratuite : rien ne permet d'affirmer qu'il soit illicite de ne pas se conformer aux règles de publicité ou de passer une contre-lettre ou un acte frauduleux. Il n'y a là aucune faute au sens où l'on entend ce mot en matière délictuelle. L'acte, au contraire, est parfaitement licite, et l'on est alors obligé de dire que l'on est en présence d'une responsabilité sans faute résultant de l'usage d'un droit⁽¹⁵⁾.

Et même en supposant qu'il s'agisse d'un acte illicite, engendrant la responsabilité de ses auteurs, il ne saurait être question d'appliquer ici l'article 1382 : si ce texte est le principe de toute cette théorie, « s'il y a quasi-délit du premier acheteur à ne pas prévenir les tiers du danger de traiter avec le vendeur, comment l'indemnité ne consiste-t-elle pas en une somme d'argent ? Comment peut-on puiser dans l'article 1382 un mode d'indemniser aussi singulier que l'abandon d'un immeuble ? » La réparation pécuniaire est seule indiquée par le Code comme moyen normal de faire disparaître le préjudice (art. 1142), et la réparation en nature n'est pour lui qu'exceptionnelle, quoique la Jurisprudence tende de plus en plus à l'adopter. En outre, si le second acheteur n'est qu'un créancier d'indemnité, comment expliquer qu'il jouisse d'une préférence sur les autres créanciers, et, en cas d'insolvabilité, qu'il ne subisse pas une perte proportionnelle à sa créance ?

(13) Demogue, *Obligations*, III, n° 238, p. 393.

(14) Lyon, 30 juin 1911, S., 12. 2. 174.

(15) En ce sens, Demogue, *ibid.*

Enfin, et c'est là l'objection la plus grave, l'article 1382 a un caractère très net de *mesure réparatrice* : il suppose que le fait dommageable s'est déjà accompli et se préoccupe d'y remédier : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel *il est arrivé* à le réparer. » L'inopposabilité a, au contraire, un caractère *préventif* et se présente comme une application de la vieille maxime : « *Melius est intacta jura servari quam post causam vulneratam remedium quaerere.* » Elle n'a pas, en effet, pour but d'assurer la réparation d'un préjudice déjà causé, mais de l'empêcher de se produire : la suppression des effets de l'acte susceptibles de nuire aux tiers met préventivement obstacle à la réalisation du dommage. Et c'est ainsi que M. Japiot a pu écrire, à propos de l'action Paulienne : « Par l'action Paulienne, cette faute reçoit une sanction qui, au lieu d'être purement réparatrice, comme le serait une indemnité versée par le tiers acquéreur et laissant subsister son droit absolu sur la chose acquise, revêt, au moins en droit, un certain caractère préventif : le tiers ne réparera pas le préjudice causé par son acquisition, car c'est cette acquisition même, effet de la cession attaquée, que l'on empêche d'exister vis-à-vis des créanciers. » (16).

L'inopposabilité n'a donc pas pour fondement au point de vue passif une idée de responsabilité, mais on peut la rattacher à une idée voisine. Par suite du conflit entre les intérêts des parties et des tiers, un dommage résultera nécessairement pour les seconds de la passation ou de l'annulation de l'acte, si elles produisent leurs effets normaux. Or, les tiers ne sont pour rien dans la production de ce dom-

(16) P. 26, note 1.

mage, leur attitude est purement passive; ce sont, au contraire, les parties qui en sont cause, car ce sont elles qui ont pris l'initiative de l'opération, qui ont créé l'apparence sur la foi de laquelle les tiers ont traité. Si donc, au point de vue juridique, il n'y a aucune responsabilité des parties, il y en a une, au contraire, pratiquement et moralement : *elles n'ont pas commis de faute, mais le dommage leur est imputable*. C'est cette idée d'imputabilité qui peut servir à justifier l'inopposabilité au point de vue passif : le préjudice résulte du fait des parties, et non de celui des tiers. On a cependant soutenu que les tiers étaient également cause du dommage qui leur advient, lorsqu'ils avaient eu connaissance de l'acte passé, et c'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris, confirmé le 15 mars 1838 par la Chambre des requêtes (17), a déclaré que l'acquisition d'une créance que l'on savait en fait avoir déjà été cédée constituait un acte d'imprudence, ne permettant pas au tiers d'invoquer le défaut de publicité de la première cession et lui interdisant de se prévaloir de la signification de sa propre cession, à titre de réparation envers le premier acquéreur. Mais cette solution est aujourd'hui abandonnée, et la Cour de cassation déclare actuellement que « celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui fait transcrire son titre le premier ne commet aucune faute en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent. » (18).

L'idée d'imputabilité du dommage peut-elle justifier tous les cas d'inopposabilité que nous avons envisagés ? Elle peut servir de fondement aux différentes inopposabilités

(17) S., 1838. 1. 630.

(18) Civ., 7 déc. 1928, S., 28. 1. 340, Gaz. Pal., 26. 1. 242.

de protection, soit de forme, soit de fond. Elle ne saurait s'appliquer, au contraire, aux inopposabilités de faveur, puisqu'il n'y est pas question de protéger les tiers contre un dommage, mais seulement de leur assurer un avantage. Il semble d'ailleurs que, dans les deux hypothèses où la loi intervient par esprit de faveur, en matière de réserve et de résolution, ceux aux dépens desquels sont avantagés les tiers n'ont rien à se reprocher. Au point de vue passif donc, comme au point de vue actif, les inopposabilités de faveur n'ont pas le même fondement que les autres.

Nous arrivons ainsi à cette double conclusion :

a) *Les inopposabilités de protection reposent sur un fondement unique*, tant au point de vue actif que passif. C'est le besoin d'assurer la sécurité des tiers qui a déterminé le législateur à intervenir pour les protéger; et il a pu le faire d'autant plus facilement que cette protection s'exerçait aux dépens de ceux auxquels est imputable le dommage dont se plaignent les tiers.

b) *Les inopposabilités de faveur n'ont aucun fondement commun*, ni avec les inopposabilités de protection ni même entre elles, et cela tant au point de vue actif que passif.

CHAPITRE II

REGLES GENERALES DE L'INOPPOSABILITE

Il nous reste, pour terminer, à tenter la synthèse des règles que nous avons dégagées en étudiant les divers groupes d'inopposabilités. Nous avons vu dans notre première partie que les différents cas rentrant dans chacun de ces groupes obéissaient à des règles à peu près identiques; mais la synthèse à l'intérieur de chaque catégorie ne saurait suffire : il nous faut maintenant rassembler les résultats auxquels nous sommes arrivés et essayer une généralisation de ces règles, embrassant toutes les hypothèses que nous avons envisagées. Nous reprendrons simplement pour cela les cinq points auxquels nous nous sommes attaché dans notre première partie, et nous étudierons successivement :

Section I : Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Section II : Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

Section III : Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Section IV : Effets de l'inopposabilité.

Section V : Disparition de l'inopposabilité.

SECTION I

Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité.

Il semble à première vue absolument impossible de donner une règle générale permettant de déterminer quelles personnes pourront se prévaloir de l'inopposabilité. Le nombre des tiers protégés est en effet des plus variables : une seule personne, la femme, peut attaquer les actes passés par le mari en fraude de ses droits, tous les intéressés peuvent critiquer une renonciation à prescription, et entre ces deux cas extrêmes nous voyons l'inopposabilité invoquée par des catégories plus ou moins étendues d'ayants droit. Et si au lieu de considérer le nombre des bénéficiaires nous envisageons leur qualité, nous ne nous trouvons pas en face d'une moins grande variété : les tiers protégés sont tantôt des ayants cause à titre particulier, tantôt des ayants cause à titre universel, tantôt encore cette classe intermédiaire que constituent les créanciers chirographaires, tantôt enfin des personnes qui n'appartiennent pas au cercle des ayants cause, mais qu'un lien de droit relie néanmoins aux parties : femme, débiteur cédé, cautions, etc. L'inopposabilité profite tantôt à des tiers possédant tous la même qualité, tantôt à des tiers agissant à des titres différents, comme par exemple en matière de cession de créance où l'inopposabilité protège à la fois les créanciers du cédant, qui sont des ayants cause, et le débiteur cédé.

En présence de cette diversité, faut-il donc renoncer à trouver une idée commune qui permette de déterminer quels

tiers pourront être admis à se prévaloir de l'inopposabilité et quels tiers devront être écartés du cercle des ayants droit? Nous ne le pensons pas. La loi, en effet, quand elle édicte une inopposabilité, ne le fait ni par logique abstraite ni par pure théorie : « Le droit ne doit pas être entendu comme une science dont les principes auraient une existence et une force purement spéculatives; son but est avant tout de résoudre les difficultés pratiques qui se présentent au cours de la vie journalière. Dans le conflit général des intérêts, il a pour seul objectif d'apporter une harmonie qui empêche des luttes trop inégales et qui sauve les plus faibles de l'écrasement. Il doit aussi parler au nom des intérêts supérieurs qu'il est seul assez impartial pour embrasser dans leur marche générale et que des intérêts particuliers sacrifieraient trop souvent. C'est à ce but que toutes les prescriptions légales doivent être rattachées et c'est en ce sens qu'il faut en interpréter les conditions d'exercice. » (1). Si l'on se place à ce point de vue, on voit que le législateur, quand il édicte une inopposabilité, a toujours en vue les intérêts de certaines personnes en plus ou moins grand nombre; pour déterminer les bénéficiaires de l'inopposabilité, c'est donc au but de la loi qu'il faudra s'attacher : on devra rechercher quels tiers le législateur a voulu protéger et pour cela quels tiers étaient susceptibles de subir un dommage.

Mais il faudra à ce propos se garder d'une confusion : la détermination des tiers n'a pas toujours lieu de la même façon. Lorsqu'il s'agit de règles de fond, les effets de l'acte se trouvent restreints dans toutes les hypothèses : c'est l'acte lui-même qui préjudicie à ceux que le législateur a

(1) Drogoul, p. 224.

voulu protéger, et par suite il faudra rechercher les bénéficiaires de l'inopposabilité parmi ceux qui souffrent de l'acte en soi. Lorsqu'il s'agit de règles de forme au contraire, une fois les prescriptions légales observées, l'acte produira ses pleins effets *erga omnes* : les tiers que le législateur a eu en vue, ce ne sont plus alors ceux qui subissent un préjudice du fait de la passation de l'acte, mais uniquement ceux qui seraient lésés si les formalités imposées n'étaient pas observées; en d'autres termes, les sujets actifs de l'inopposabilité sont ceux qui souffrent simplement du défaut d'accomplissement des formalités légales. C'est d'ailleurs la règle que nous avons nous-même appliquée dans notre première partie, devant les divergences des auteurs, pour déterminer les bénéficiaires de l'article 368 et qui nous a conduit à des résultats aussi imprévus.

L'idée de but permettra donc de déterminer les sujets actifs de l'inopposabilité. Il va de soi en effet que les personnes que la loi a voulu protéger peuvent se prévaloir de l'inopposabilité : la protection du législateur serait sans cela absolument illusoire, « elles auraient reçu une faveur et ne pourraient en profiter, elles auraient un moyen de défense et ne pourraient s'en servir : la satisfaction platonique de connaître une règle légale que leur intérêt aurait inspirée n'adoucirait en rien le sacrifice réel dont elles seraient les victimes ». Mais encore faut-il, pour que l'idée de but puisse servir de règle certaine, que seules aient le droit de se prévaloir de l'inopposabilité les personnes que le législateur a voulu protéger. Or c'est bien ce qui se passe en notre matière : seuls les tiers lésés par l'acte peuvent élever des critiques contre lui; ni les parties ni les autres tiers ne sont fondés à invoquer l'inopposabilité. Et cela se comprend facilement : la loi ne peut voir les choses que de

très haut, et elle ne peut par conséquent prévoir quel sera l'intérêt des tiers dans chaque hypothèse concrète qui se présentera; aussi a-t-elle laissé aux tiers intéressés eux-mêmes le soin de décider si leur situation est compromise ou non par l'acte intervenu ou par la nullité encourue, et leur a-t-elle accordé le droit de tantôt se prévaloir de l'inopposabilité et de tantôt y renoncer, selon leur avantage. Par suite, si la loi avait accordé un droit de critique à d'autres qu'aux intéressés eux-mêmes, elle aurait souvent abouti non seulement à protéger des intérêts qui ne sont pas dignes de protection, mais même à sacrifier ceux qu'elle a voulu garantir : permettre à d'autres personnes d'invoquer l'inopposabilité quand les intéressés veulent y renoncer, ce serait aller directement à l'encontre du but poursuivi.

Nous pouvons donc, malgré la diversité des hypothèses, donner une règle générale pour la détermination des sujets actifs de l'inopposabilité, et nous dirons que *le droit d'invoquer l'inopposabilité appartient à tous ceux dont la loi a voulu protéger les intérêts, et à eux seuls.*

Le tiers dont les intérêts sont ainsi sauvegardés est tantôt un acquéreur de droits, tantôt un titulaire de droits. Dans la première hypothèse, l'inopposabilité protège un tiers qui a acquis un droit de celui qui n'en était pas titulaire; elle semble donc faire échec à la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, et au principe *nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit*. Mais la contradiction n'est qu'apparente, car « la condition juridique de celui qui se dépouille d'un droit sans observer les règles prescrites, fût-ce à l'égard des tiers, équivaut à la condition de celui qui ne s'est pas dépouillé du droit, même si cet effet n'a lieu que vis-à-vis de tiers déterminés » (2). Par rapport aux tiers, le concédant est consi-

(2) Giovene, n° 56, p. 249.

déré comme toujours titulaire d'un droit dont il a en réalité déjà fait l'aliénation à un autre.

Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'un titulaire de droit qu'il faut protéger contre une dépossession par le fait d'un tiers; on voit alors intervenir des adages tels que *nemo dat quod non habet*, *nemo plus juris*, etc., qui se traduisent pratiquement par le respect des droits acquis. On voit également jouer les règles relatives à la fraude, car si les ayants cause subissent normalement les effets des actes de leur auteur, il doit en être autrement lorsque celui-ci agit pour les frustrer.

Ainsi on assure la sécurité tantôt des acquéreurs de droits tantôt des titulaires de droits; mais la protection des uns ne peut être obtenue que par le sacrifice des autres, si bien que l'idée de sécurité se retourne contre elle-même. Et comme le fait remarquer M. Demogue « au fond, la lutte est plus inextricable qu'il ne paraît, car le titulaire du droit d'aujourd'hui, c'est l'acquéreur du droit d'hier ».

SECTION II

Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité.

Il ne suffit pas de déterminer quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir de l'inopposabilité, il faut encore indiquer à l'encontre de qui elles pourront l'invoquer. *A priori*, on conçoit en effet que l'inopposabilité soit limitée au point de vue passif : il se peut fort bien que les con-

sidérations qui ont poussé le législateur à la protection de certains tiers se heurtent à d'autres considérations en sens contraire, tendant à faire échapper certaines personnes aux conséquences de l'inopposabilité, comme l'inopposabilité en fait échapper d'autres aux conséquences de la passation ou de l'annulation d'un acte. En principe cependant il n'y a pas de limitation de ce genre et *l'inopposabilité peut être invoquée à l'encontre de tous ceux qui voudraient se prévaloir de l'acte ou de la nullité frappés d'inefficacité*. C'est ce que nous avons rencontré en matière de publicité, de forme, de clandestinité, de droit acquis, et de résolution : les parties et les tiers ne peuvent arguer de l'acte passé que contre ceux auxquels il s'impose : le tiers bénéficiaire de l'inopposabilité ne peut pas plus se voir opposer l'acte par un autre titulaire du droit de critique, qui y a renoncé, que par aucune autre personne.

A ce principe, il faut cependant signaler quelques exceptions : c'est ainsi qu'en matière de fraude, nous avons vu que les acquéreurs à titre onéreux ne pouvaient être atteints par l'inopposabilité lorsqu'ils étaient de bonne foi; de même en matière d'atteinte à la réserve, l'inopposabilité ne peut être invoquée contre les donataires que selon un ordre déterminé, et les sous-acquéreurs ne peuvent être poursuivis qu'en cas d'insolvabilité du donataire, discussion préalablement faite de ses biens; enfin, en matière de nullités de sociétés, nous avons vu que l'inopposabilité ne peut être invoquée par les créanciers sociaux ni contre les créanciers personnels des associés, ni contre les autres créanciers sociaux qui veulent se prévaloir de la nullité. Sur quelles considérations ces exceptions peuvent-elles être fondées ?

Lorsque nous avons étudié le fondement de l'inopposabilité en nous plaçant au point de vue passif, nous avons

constaté que l'on pouvait rattacher la plupart des hypothèses par nous envisagées à l'idée d'imputabilité du dommage, à l'idée que si l'on sacrifie les parties, c'est parce que l'on a quelque chose à leur reprocher. Or l'acquéreur à titre onéreux, qui n'est pas complice de la fraude, ne peut certainement rien se voir reprocher, puisqu'il n'a même pas eu conscience du préjudice que son acte causait aux ayants cause de son cocontractant. Celui qui se plaint de la fraude n'est pas plus intéressant que son adversaire : on ne peut donc faire fléchir pour lui le jeu normal des principes généraux.

Cette idée peut également s'appliquer en cas de nullités de sociétés : les créanciers sociaux et les créanciers des associés n'ont rien à se reprocher personnellement, ils ne sont pour rien dans la production du dommage, et comme ce que le législateur a voulu principalement, c'est la nullité, ceux qui l'invoquent doivent l'emporter sur ceux qui veulent se prévaloir de l'inopposabilité; celle-ci constitue une protection accessoire qui doit céder lorsque l'on invoque la protection principale et il n'en est autrement que quand ce sont ceux à qui est personnellement imputable le vice qui veulent en arguer. Que l'on n'objecte pas qu'agissant à titre d'ayants cause les créanciers personnels des associés n'ont pas plus de droit que leurs débiteurs : il est reconnu tant en Doctrine qu'en Jurisprudence que c'est en vertu d'un droit propre et non par application de l'article 1166 qu'ils peuvent demander la nullité (3). Et c'est justement là qu'est la différence entre les cas où un tiers invoque un acte inopposable et ceux où il se prévaut d'une

(3) Thaller et Percerou, *Traité élémentaire*, n° 371. Cass., 14 avr. 1893, S., 97. 1. 487; 7 juin 1904, D., 04. 1. 455.

nullité : dans la première hypothèse, il agit en tant qu'ayant cause, soit qu'il n'ait jamais eu de droit de critique, soit qu'il y ait renoncé; dans la seconde, au contraire, il se présente comme muni d'un droit propre. Aussi est-il dans le premier cas assimilé en principe aux parties, alors que dans le second il est dans une situation toute différente.

En matière de réserve, au contraire, l'idée d'imputabilité du dommage ne peut s'appliquer, puisque l'héritier réservataire ne subit aucun préjudice par suite des donations consenties par son auteur. Pour justifier la limitation passive de l'inopposabilité, on pourrait dire qu'il s'agit d'une faveur et que dans ces conditions il n'y a rien d'étonnant à ce qu'elle ne puisse indistinctement s'exercer *erga omnes*. Mais cette limitation découle de la conception même de la réserve : ce que le législateur a voulu, c'est que l'héritier reçoive un certain émolument lors de la dévolution de la succession; l'inopposabilité ne peut donc être invoquée que dans la mesure nécessaire pour reconstituer la réserve. D'autre part, du moment que cet émolument est assuré en valeur, le réservataire ne peut se plaindre : il n'a pas droit à une quotité de succession en nature; dès lors s'il peut obtenir du donataire une restitution en valeur, le vœu du législateur est satisfait et il n'y a pas de raison de permettre à l'héritier de poursuivre les sous-acquéreurs. D'ailleurs, puisqu'une certaine valeur entre dans la succession à la place du bien donné, l'héritier se trouve dans la même situation que si son auteur avait fait non une donation, mais une vente : la restitution en valeur accomplie par le donataire a pour résultat, au regard du réservataire, de transformer la libéralité en un acte à titre onéreux qui ne peut être critiqué.

Ces trois exceptions nous apparaissent donc comme dé-

coulant pour les deux premières du fondement même de l'inopposabilité, pour la troisième du caractère même de la réserve. Aussi peut-on dire que ce ne sont véritablement pas là des exceptions, mais de simples applications des principes généraux.

SECTION III

Moyens d'invoquer l'inopposabilité.

Tout en constituant des dispositions impératives d'ordre public en ce sens que les conventions particulières ne peuvent y déroger, les inopposabilités n'en sont pas moins établies dans l'intérêt privé des tiers qu'elles protègent. Aussi la loi, nous l'avons vu, a-t-elle laissé les bénéficiaires seuls juges de la question de savoir si leur avantage était d'invoquer l'inopposabilité ou d'y renoncer; en procédant autrement, elle aurait enlevé à ses règles la souplesse désirable; « d'une protection éclairée elle aurait fait une protection maladroite, et pour vouloir agir trop radicalement elle aurait souvent compromis le résultat de son action ». C'est ce qui explique que *l'inopposabilité n'ait jamais lieu de plein droit, que le juge ne puisse la prononcer d'office, mais qu'elle doive toujours être demandée par l'intéressé, à moins naturellement que ses adversaires ne reconnaissent le bien-fondé de sa prétention* (4).

(4) Cf., à propos de l'article 882, la formule de Req., 22 déc. 1869, D., 70. 1. 233 : « L'article 882, en donnant aux créanciers des copartageants le droit de s'opposer à ce que le partage ait lieu hors de leur présence, ne prononce point la nullité *ipso facto* du partage fait au mépris de cette opposition. »

La seule question qui se pose alors est celle de savoir comment le tiers devra agir : lui faudra-t-il intenter une action spéciale pour faire reconnaître judiciairement l'inopposabilité d'un acte ou de sa nullité, ou pourra-t-il au contraire se contenter de repousser purement et simplement l'acte lorsqu'on voudra s'en prévaloir contre lui ? Autrement dit, emploiera-t-il la voie de l'action ou celle de l'exception ?

En matière de règles relatives à la forme et à la publicité des actes, deux considérations nous ont fait admettre la possibilité d'invoquer simplement une exception. C'est tout d'abord que la loi n'a accordé d'efficacité à l'acte passé que lorsque ses prescriptions ont été observées : comme l'inopposabilité est un vice originaire, ne disparaissant que par l'accomplissement des formalités légales, comme l'acte ne s'impose *erga omnes* que lorsqu'il a été passé dans certaines formes ou publié de certaine façon, c'est aux parties à apporter la preuve que la loi a été respectée; jusque-là les tiers peuvent se contenter de repousser purement et simplement tout effet de l'acte qui leur porterait préjudice, en disant : « La loi n'a accordé de valeur à cet acte que moyennant la réalisation de certaines conditions; vous qui l'invoquez, prouvez donc avant tout que les formalités légales ont été accomplies. » En second lieu, le vice qui entache l'opération est facilement visible et les magistrats peuvent d'après les apparences extérieures et sans examen approfondi se convaincre de l'inefficacité.

En matière de règles de fond, il n'en est plus ainsi; apparemment, l'acte est parfaitement valable et par suite il doit normalement s'imposer aux tiers : s'ils veulent y échapper, c'est à eux qu'incombe le soin de prouver que cet acte est contraire aux règles posées à leur profit, qu'il est fraudu-

leux ou clandestin, qu'il porte atteinte à leur réserve, aux droits qu'ils ont acquis, etc. Faut-il donc admettre que lorsqu'il s'agit d'une inopposabilité de fond les tiers devront dans tous les cas intenter une action pour échapper au préjudice qui les menace ? Non pas. Tout dépendra de la facilité plus ou moins grande avec laquelle pourra être administrée la preuve qui leur incombe. Car si le vice n'est pas apparent par lui-même, cela ne veut pas dire qu'il soit compliqué de le faire ressortir.

Dans la plupart des cas, il suffira au tiers de prouver son titre pour bénéficier de la protection établie par la loi. C'est ainsi que la simple preuve de la résolution suffira pour entraîner l'inopposabilité des droits consentis par celui dont le titre est résolu et cette preuve est des plus aisées puisque la résolution aura eu lieu de plein droit ou aura été prononcée par jugement. De même, si nous envisageons l'hypothèse d'une inopposabilité de nullité, nous voyons encore que le tiers n'a qu'une preuve à fournir, c'est qu'il rentre dans le cercle des personnes protégées par la loi. Dans d'autres hypothèses, il suffira d'une simple comparaison entre l'acte critiqué et le titre du tiers; c'est ce qui se passera, par exemple, en matière de droits acquis, de contre-lettres ou de faillites (dans le cas prévu par l'art. 446 C. comm.) : le droit du tiers résultera de la comparaison de la date ou du contenu des actes.

Lorsqu'il s'agit au contraire d'un acte entaché de fraude ou portant atteinte à la réserve, la preuve est beaucoup plus compliquée et il ne suffit pas au tiers d'exhiber son titre pour justifier de son droit à l'inopposabilité. Il devra démontrer la fraude ou l'atteinte à la réserve, dont on pourrait douter en l'absence de constatation judiciaire, et les magistrats auront à apprécier la situation véritable.

Aussi une simple exception ne saurait-elle suffire comme dans le cas précédent : une véritable action, action Paulienne ou action en réduction, sera nécessaire pour faire constater judiciairement le droit à l'inopposabilité; il n'en sera autrement que dans les cas où la loi pose au profit des tiers une présomption irréfragable de fraude : les magistrats perdent alors leur pouvoir d'appréciation et le tiers à l'encontre duquel on voudrait se prévaloir de l'acte frauduleux pourra le repousser purement et simplement.

L'idée directrice semble donc être l'évidence du droit du tiers à se prévaloir de l'inopposabilité : lorsqu'aucune contestation sérieuse ne paraît possible, lorsque la loi peut s'appliquer automatiquement sur simple justification par le tiers de son titre, le tiers pourra se contenter de faire valoir son droit par voie d'exception : s'il est défendeur, il repoussera ainsi l'action dirigée contre lui et s'il est demandeur, s'il a intenté une des actions ordinaires qui lui appartiennent, l'action en revendication par exemple, il renversera ainsi l'exception tirée de l'acte que l'on voudrait lui opposer.

Mais une action spéciale et préalable en constatation d'inopposabilité, si elle n'est pas obligatoire pour le tiers dans toutes les hypothèses, est-elle au moins facultative ? Le tiers peut-il ne pas attendre que l'on invoque l'acte contre lui et agir préventivement ? Il faudrait pour cela qu'il y eût un intérêt, c'est-à-dire qu'il fût menacé de voir son droit disparaître. Or il n'en est ainsi dans aucune des hypothèses où nous avons reconnu au tiers la possibilité d'agir par voie d'exception. En matière d'inopposabilité de forme, et par suite du principe de respect des droits acquis, l'observation des règles légales après acquisition du droit de critique ne peut y mettre obstacle. Quant à la pres-

cription, elle ne joue justement pas dans les différents cas où l'inopposabilité est invoquée par voie d'exception; on rencontre bien, nous l'avons vu, des prescriptions jouant à côté de l'inopposabilité, mais influant sur elle : faut-il alors donner au tiers la possibilité de faire reconnaître préalablement son droit à l'inopposabilité ? Nous ne le pensons pas : une semblable action ne se comprend en effet que quand le tiers n'a pas d'autre moyen de faire valoir son droit; or, dans ces différentes hypothèses, le tiers a toujours une action, née de son titre, qui lui permet d'agir en temps voulu pour éviter la disparition de son droit. Une action préalable en constatation d'inopposabilité doit donc à notre avis lui être refusée.

SECTION IV

Effets de l'inopposabilité.

§ I. — VIS-A-VIS DU TIERS QUI L'INVOQUE.

Dans toutes les hypothèses que nous avons envisagées, l'inopposabilité se traduit à l'égard du tiers bénéficiaire par l'inefficacité de l'acte critiqué, ou plus exactement des droits qui en naissent. Et il en est ainsi qu'il soit question de droits nés de la volonté expresse des parties ou de leur volonté tacite, ou même qu'il s'agisse de droits attachés par la loi à la conclusion de l'acte, privilège du vendeur par exemple. Il en sera ainsi également qu'il soit question d'un acte juridique proprement dit ou d'un jugement.

Les effets de l'inopposabilité vis-à-vis du tiers bénéficiaire peuvent se résumer en deux propositions : l'acte ne peut lui nuire, mais il peut lui profiter.

A. — *L'acte ne peut nuire au tiers qui invoque l'inopposabilité.*

La sauvegarde du tiers est obtenue par l'inopposabilité de tous les effets de l'acte susceptibles de le léser. C'est ce que nous avons vu en matière de défaut de forme, de fraude, de contre-lettres, d'atteintes aux droits acquis ou à la réserve, et d'inopposabilités de nullités. En ce qui concerne la publicité et la résolution, nous avons eu cependant quelques exceptions à signaler. C'est ainsi que l'article 341 relatif à la cessation de la séparation de corps par réconciliation des époux, ne permet aux tiers que de repousser la modification subie par la capacité de la femme, les autres conséquences leur étant opposables de plein droit; de même l'article 1394, concernant la publicité du contrat de mariage, ne protège les tiers que contre les clauses de dotalité; enfin d'après la Jurisprudence, en matière de cession de créance, le défaut de signification laisse au cessionnaire le droit de venir en concours avec un créancier saisissant du cédant. Ces trois exceptions ne peuvent être justifiées au point de vue théorique. Les deux premières ne sont admises que parce qu'un texte les indique, et elles sont si peu en harmonie avec les principes généraux que la loi du 1^{er} juin 1924, introduisant la législation civile française en Alsace-Lorraine, s'est abstenue de les consacrer à nouveau; quant à la troisième, nous l'avons déjà critiquée (4 bis).

En matière de résolution, d'une part l'article 932 prévoit, en ce qui concerne le droit de retour, la sur-

(4 bis) Cf. *supra*, p. 76-77.

vivance de l'hypothèque légale de la femme du donataire; mais c'est par interprétation de la volonté du donateur et cette exception n'a donc rien d'étonnant. En second lieu, on admet que les actes d'administration passés par celui dont le titre est résolu ne tombent pas sous le coup de l'inopposabilité : c'est là une solution inspirée par l'intérêt général.

Par contre, si c'est bien contre tous les effets qui lui nuisent que le tiers est en principe protégé, c'est seulement contre ceux-là et nous avons rencontré dans les différentes hypothèses que nous avons envisagées de nombreuses applications de cette règle.

B. — *Mais l'acte peut profiter au tiers.*

Il se peut en effet que la protection du législateur ne soit pas utile au tiers dans certaines hypothèses et que son avantage soit au contraire de se prévaloir de l'acte dont la loi avait craint qu'il ne souffre. Il n'en sera d'ailleurs que rarement ainsi, et nous n'en avons guère rencontré d'exemples qu'en matière de publicité et de contre-lettres. Le tiers pourra donc se prévaloir tantôt de l'acte clandestin ou non publié, tantôt de l'inopposabilité et cela ne va naturellement pas sans quelque inconvénient pour les parties.

Certes il y a là pour elles un élément d'insécurité et c'est sans doute ce qui a poussé le législateur, en matière de sociétés de commerce, à sanctionner le défaut de publicité d'une nullité plutôt que d'une inopposabilité; mais il faut remarquer qu'en matière de nullité relative il en est absolument de même : la partie qui possède le droit de critique a également une option entre le maintien de l'acte et sa disparition.

Il ne faut donc pas dire que la situation est plus désavantageuse pour les parties en cas d'inopposabilité qu'en cas de nullité, d'autant plus que, dans les deux hypothèses, le titulaire du droit de critique ne peut prendre consécutivement deux attitudes différentes : il est lié par son option et ne peut qu'adopter ou rejeter l'acte pour le tout. L'inopposabilité se montre même plus conforme à l'intérêt des parties que la nullité, puisqu'elle laisse subsister *inter partes* le plus d'effets possible alors que la nullité fait en principe tomber l'acte en entier.

§ II. — EFFETS DE L'INOPPOSABILITÉ ENTRE LES PARTIES.

L'inopposabilité n'étant destinée qu'à la protection des tiers et non à celle des parties, il n'y a pas de raison de supprimer les effets de l'acte qui ne nuisent pas au bénéficiaire du droit de critique : *inter partes tout se passera THÉORIQUEMENT comme s'il n'y avait pas d'inopposabilité*. Mais pratiquement l'inefficacité influe sur les rapports des parties entre elles, car si l'on peut bien en raison séparer les effets de l'acte *inter partes* et vis-à-vis des tiers, il n'en reste pas moins que c'est la totalité de ces effets que les parties avaient en vue en contractant. Un certain nombre des avantages qu'elles avaient escomptés disparaîtront donc et si, dans la plupart des cas, l'acte subsiste malgré l'entrave mise à son exécution, dans certaines hypothèses au contraire l'acte tombera même *inter partes*.

Lorsque l'acte subsiste, une des parties se trouve lésée par l'inopposabilité : c'est le mandant qui est obligé d'accomplir les prestations promises par le mandataire, c'est le donataire qui se voit évincer par les créanciers du donateur, c'est le vendeur apparent d'un immeuble qui le

voit saisir par les créanciers de l'acquéreur, malgré la contre-lettre stipulant qu'il en est resté propriétaire, c'est celui qui avait acquis un bien d'une personne dont le titre se trouve résolu qui est évincé par celui qui a obtenu la résolution, etc.

La question se pose alors de savoir si la partie lésée aura un recours contre son cocontractant. Nous l'avons admis dans la plupart des hypothèses, et nous avons accordé tantôt une action en garantie, tantôt une action née du paiement pour autrui. Mais aucun recours n'existe en matière de réserve et de droits acquis. En matière de donations en effet, on ne rencontre aucune obligation de garantie, et même si le donateur en avait assumé une, elle ne pourrait incomber à l'héritier réservataire : c'est que celui-ci a été muni par la loi d'un droit propre à l'encontre des donations entamant sa réserve et il serait trop facile au *de cujus* de tourner la loi s'il pouvait ôter à son héritier, par une obligation de garantie, la faveur que la loi lui a accordée. Le recours de la partie lésée ne peut exister que lorsque c'est véritablement contre l'autre partie qu'il est intenté et non pas quand il est dirigé contre le tiers : ce serait lui reprendre d'une main ce qu'on lui donne de l'autre. Quant à la question des droits acquis, il faut la résoudre dans le même sens, et il suffit d'examiner les hypothèses que nous avons envisagées pour s'en rendre compte : dans le cas de l'article 337 on ne concevrait vraiment pas que l'enfant naturel reconnu pendant le mariage eût un recours contre la succession de son auteur : comme dans l'hypothèse précédente ce recours nuirait aux tiers protégés. Dans l'hypothèse de l'article 1338 un recours se comprendrait encore moins et il en serait de même dans les autres cas que nous avons étudiés.

Bien entendu il ne pourra y avoir lieu à recours que si la partie lésée ne s'est pas elle-même causé préjudice : c'est ainsi que quand l'accomplissement des formalités de publicité incombait uniquement à celui qui se trouve souffrir de leur absence, tant pis pour lui : *de se queri debet*.

Mais un simple recours peut être insuffisant et la partie lésée par l'inopposabilité peut vouloir se dégager des liens du contrat. On ne lui reconnaîtra toutefois ce droit que si l'acte ne présente plus pour elle aucun intérêt, c'est-à-dire si l'ayant droit a obtenu la suppression d'un élément tel que si le contractant avait su qu'il en serait privé, il aurait refusé de s'engager. En d'autres termes, il faut que l'efficacité *erga omnes* des droits frappés d'inopposabilité ait été la cause de l'engagement, que les différents effets de l'acte soient indivisibles au regard des parties, de telle sorte que la suppression des uns entraîne nécessairement la suppression des autres, désormais sans intérêt (3).

Cette question d'indivisibilité soulève d'ailleurs un problème délicat : quand l'inopposabilité ne modifie que faiblement les rapports des parties, on peut l'admettre sans trop de difficultés car la protection des tiers n'a pas pour rançon des sacrifices trop considérables. Mais lorsqu'il y a indivisibilité, on fait disparaître l'acte en entier : les parties ne vont-elles pas alors subir un préjudice tel qu'il faille à leur tour les protéger, c'est-à-dire laisser subsister l'acte pour le tout ? Autrement dit, l'indivisibilité doit-elle avoir pour conséquence le maintien intégral ou la disparition totale de l'acte ? Le problème se ramène à la question

(3) La Jurisprudence se montre extrêmement sévère sur ce point et n'admet que rarement la disparition totale de l'acte passé. — Cf., en matière de fraude : Req., 2 mai 1911, D., 13. 1. 395.

de savoir si, lorsque le législateur établit une inopposabilité, il supprime les effets nuisibles pour les tiers parce qu'il peut le faire sans trop léser les parties, ou s'il laisse subsister les effets *inter partes* parce qu'ils ne préjudicient pas aux tiers. A cette question, la réponse ne saurait être douteuse : le législateur n'édicte une inopposabilité et non une nullité que parce qu'il lui semble inutile de faire tomber l'acte *inter partes* et ce sont les intérêts des tiers qu'il a principalement en vue; si donc les différents effets sont indivisibles, ce ne sont pas les tiers qui doivent en souffrir, ce sont les parties qui doivent être davantage sacrifiées. L'inopposabilité se transformera alors en une nullité et c'est ce qui pourra se produire par exemple dans le cas de l'article 882 : le partage, inefficace vis-à-vis des créanciers opposants, ne pourra souvent pas être maintenu entre les cohéritiers.

A l'appui de cette solution, on peut faire remarquer qu'il y a nullité et non pas inopposabilité quand le législateur estime que les intérêts des tiers ne peuvent être convenablement sauvegardés que si les effets *inter partes* disparaissent également, alors même que l'on n'est en présence d'aucune indivisibilité. C'est ainsi notamment que l'article 347 permet au conjoint de l'adoptant ou de l'adopté d'invoquer la nullité de l'adoption à laquelle il n'a pas consenti; une simple inopposabilité ne suffirait pas en effet à le satisfaire pleinement. Ce qu'il veut, c'est faire tomber les liens de parenté adoptive pour que l'adoptant et l'adopté en viennent à se traiter comme des étrangers; or ceci ne peut être obtenu que par une nullité.

SECTION V

Disparition de l'inopposabilité.

§ I. — ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS LÉGALES.

C'est là un mode de disparition du droit de critique spécial aux inopposabilités de forme, mais qui est commun à toutes les hypothèses de cette catégorie. Toutes ces inopposabilités présentent en effet un caractère originaire puisque l'inefficacité résulte d'une circonstance concomitante à la passation de l'acte, l'absence des conditions prescrites dans l'intérêt des tiers. En matière de publicité et de date certaine, ces conditions ne pouvant être remplies qu'une fois l'acte passé, tout acte qui doit être publié ou daté selon certaines règles est frappé d'inopposabilité pendant quelque temps (6). En matière de défaut de forme, au contraire, cette inefficacité temporaire ne se rencontre pas obligatoirement, la transmission d'un titre à ordre par endossement pouvant avoir lieu sans aucune convention préalable relative à la cession : c'est ce qui se passe, par exemple, lorsque, pour se libérer, une personne envoie à une autre un chèque ou une lettre de change dont elle est bénéficiaire : l'endossement n'est précédé d'aucun accord transmettant la propriété *inter partes*. Cette hypothèse mise à part, l'accomplissement des formalités légales, étant réalisé postérieurement à la naissance de l'inopposabilité et rendant l'acte efficace *erga omnes*, se présente donc bien comme un mode de disparition du droit de critique.

(6) Cf. *supra*, p. 86, 134.

En principe, les parties sont libres d'accomplir ces formalités au moment qu'il leur plaît et de laisser s'écouler un temps plus ou moins long entre la passation de l'acte et l'observation de la loi; cependant, il est de leur intérêt de se hâter, de façon à donner au moins grand nombre de tiers possible le droit de se prévaloir de l'inopposabilité, puisque l'observation des prescriptions légales n'a en principe aucun effet rétroactif et laisse subsister les droits de critique acquis par les tiers.

Nous avons cependant pu relever un certain nombre d'exceptions à cette règle. Il est tout d'abord des cas où par leur nature, l'accomplissement de la publicité ou la rédaction de l'acte selon des formes déterminées ne peuvent avoir lieu qu'à un moment précis; c'est ainsi notamment que la publicité du contrat de mariage ne peut être faite qu'au moment de la célébration du mariage, ou que l'observation des formes requises par l'article 1250 pour la subrogation ne peut avoir lieu qu'au moment de l'emprunt et du paiement. En second lieu, on rencontre des cas où l'arrivée de certains événements met fin au droit pour les parties de rendre l'acte opposable *erga omnes* en se conformant aux prescriptions légales : il en est ainsi en matière d'hypothèques, où l'inscription n'est plus possible après la faillite du débiteur ou son décès suivi d'acceptation bénéficiaire. Enfin, il y a des hypothèses où la loi établit un délai, mais c'est tantôt à l'encontre des parties (art. 1443 C. civ., et 448 C. com.; loi de 1909 sur les fonds de commerce), tantôt à l'encontre des tiers, l'accomplissement des formalités légales ayant alors un effet rétroactif (art. 2109; loi de 1855, art. 8).

Quant à savoir si l'observation des formalités prescrites par la loi dans une hypothèse peut être remplacée par l'accomplissement de formalités indiquées dans un autre cas,

nous avons constaté qu'aucun équipollent n'était admis, bien que l'accord ne soit pas encore réalisé en ce qui concerne les articles 2074-2075, relatifs à la constitution de gage, et bien qu'en matière de transmission de valeurs mobilières on admette la possibilité d'employer les modes de cession du droit civil, avec des effets restreints il est vrai.

§ II. — CONNAISSANCE.

La question de la disparition de l'inopposabilité à raison de la connaissance que le tiers a acquise de l'acte passé ou de la nullité ne peut se poser qu'en matière de publicité, de date certaine, de clandestinité et d'invalidité; elle est d'ailleurs résolue différemment selon les hypothèses.

Dans les cas où la loi organise la publicité et dans ceux où elle exige la date certaine, la mauvaise foi des tiers n'est pas prise en considération; la rigueur du formalisme met obstacle à ce que l'on envisage autre chose que l'inobservation des règles légales : l'acte non publié ou qui n'a pas reçu date certaine est censé inconnu des tiers ou antidaté, et les parties ne peuvent être admises à renverser cette présomption, qui ne cède même pas devant l'aveu et le serment. La solution contraire est cependant admise, à juste titre, quand un tiers s'est entendu frauduleusement avec l'une des parties pour bénéficier de l'inopposabilité, ou quand c'est par son auteur qu'il a connu l'acte non publié.

Au contraire, lorsqu'on est en présence d'une contre-lettre ou d'un cas dans lequel la loi n'a pas organisé la publicité, ainsi qu'en matière d'inopposabilité des exceptions, aucune question de formalisme n'étant en jeu, c'est d'après des considérations de fond que l'on règle le conflit entre les parties et les tiers, si bien que la mauvaise

foi de ces derniers les privera de leur droit à l'inopposabilité.

§ III. — RENONCIATION DU TIERS.

Tout tiers bénéficiaire de l'inopposabilité peut, s'il est capable, renoncer à s'en prévaloir : l'ordre public ne s'oppose pas en effet à ce qu'il en soit ainsi, car c'est dans le seul intérêt privé des tiers qu'est établie l'inopposabilité, et les textes qui l'édicte sont impératifs en ce sens seulement que les parties ne pourraient pas y déroger. Il faut cependant noter que dans le cas de révocation des donations pour survenance d'enfant, le donateur ne peut renoncer à l'inopposabilité, car c'est dans l'intérêt de ses enfants qu'elle est édictée, et non dans le sien propre.

Cette renonciation équivaut à une confirmation : de même que les parties peuvent confirmer un acte vicié à leur égard, de même les tiers peuvent le confirmer si c'est vis-à-vis d'eux qu'il est entaché d'une cause d'inefficacité. Aussi cette renonciation ne met-elle pas obstacle au droit, pour les autres bénéficiaires de l'inopposabilité, de continuer à s'en prévaloir : l'acte ne deviendra efficace *erga omnes* que si tous les titulaires du droit de critique le confirment.

La seule différence que l'on puisse relever entre les divers cas d'inopposabilité se rapporte au moment où peut intervenir cette renonciation. En principe et à condition qu'elle soit spéciale, elle peut avoir lieu dès avant la passation de l'acte, ou plus généralement avant que le droit du tiers n'ait pris naissance : c'est ainsi qu'un créancier pourra par avance renoncer à attaquer un acte augmentant l'insolvabilité de son débiteur, ou qu'un donateur pourra renoncer à invoquer son droit de retour contre un sous-acquéreur. Cependant, en cas de réserve, l'héritier ne peut re-

noncer à attaquer une libéralité faite par son auteur qu'après l'ouverture de la succession : la règle générale admise en matière d'inopposabilité se heurte en effet ici à la prohibition des pactes sur succession future. Il faut d'ailleurs remarquer que dans la très grande majorité des cas, la confirmation n'interviendra qu'une fois l'acte passé et le tiers muni d'un droit de critique

§ IV. — PRESCRIPTION.

En ce qui concerne la prescription, il nous faut tout d'abord distinguer entre les inopposabilités de forme et celles de fond. Les premières sont toujours imprescriptibles, et nous ne pouvons mieux faire que de reproduire à ce propos l'explication de M. Japiot : « Lorsque le droit d'opposer à un tiers tels effets d'un acte est subordonné à l'observation d'une formalité, cette efficacité est inhérente à l'existence matérielle de la formalité qui a été remplie, et de même à l'inobservation de la formalité s'attache l'inopposabilité d'une façon tellement étroite que tant que la formalité fera défaut, l'inopposabilité subsistera. Ainsi trente ans après la vente d'immeuble non transcrite, le second acheteur qui a transcrit pourra toujours écarter les effets que la vente non transcrite pourrait avoir contre lui; le droit de l'acheteur qui a transcrit ne peut être tenu en échec par une prescription partant de la date de la première vente, mais seulement par l'usucapion accomplie au profit du premier acquéreur, qui serait resté possesseur pendant le temps voulu de puis la date de l'exécution de la première vente, ou, vis-à-vis du vendeur, par la prescription extinctive de l'action que possède le second acquéreur contre le vendeur en exécution de son contrat, accomplie par trente ans à dater de

la passation de ce deuxième contrat. Les inopposabilités sont donc de plein droit et perpétuelles lorsqu'elles frappent une conséquence de l'acte subordonnée à l'observation d'une formalité matérielle. » (7). Et il en est ainsi, qu'il s'agisse de forme proprement dite, de date certaine ou de publicité : trente ans après la date à laquelle l'acte a été passé, la subrogation consentie par le débiteur et qui contrevient aux prescriptions de l'article 1250 est toujours inefficace au regard des tiers, aussi bien qu'une donation non transcrite ou qu'une cession de créance non signifiée.

Pour ce qui est, au contraire, des inopposabilités de fond, nous ne trouvons plus la même unité. En ce qui concerne tout d'abord celles qui naissent de la fraude ou de l'atteinte à la réserve, elles se prescrivent par trente ans; c'est que dans ces deux hypothèses une action est nécessaire, action Paulienne ou action en réduction, et que d'après l'article 2262, toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans. Pour justifier l'application de ce texte et non de l'article 1304, on a invoqué l'idée d'absence de confirmation : la prescription décennale, dit-on, repose sur une présomption de confirmation tacite, et il ne peut être ici question de rien de pareil, puisque les parties ne peuvent confirmer. Mais si les parties ne peuvent en effet valider un acte à l'égard duquel elles n'ont pas de droit de critique, les tiers, eux, peuvent renoncer à l'inopposabilité et l'idée de confirmation tacite pourrait aussi bien jouer contre eux. Tout ce que l'on peut dire en faveur de ce délai, c'est que l'inopposabilité, ne supprimant pas les effets de l'acte *inter partes*, est moins grave et moins dangereuse que l'annulation totale et que, par suite, on com-

(7) Japiot, p. 881.

prend qu'il n'ait pas été créé une prescription aussi rigoureuse pour elle que pour la nullité (8).

En ce qui concerne au contraire les inopposabilités de fond autres que celles sanctionnant la fraude et l'atteinte à la réserve, nous avons vu que les tiers n'ont aucune action et jouissent seulement d'une exception pour repousser l'acte que l'on voudrait invoquer contre eux : or l'article 2262 ne s'applique pas aux exceptions. Doit-on en conclure que ces inopposabilités sont perpétuelles ? Il faut remarquer que le tiers peut vouloir invoquer l'inopposabilité soit pour repousser une action intentée contre lui et née de l'acte frappé d'inefficacité, soit pour assurer le succès d'une action qu'il a lui-même intentée en vertu d'un droit qui lui appartient et à laquelle on voudrait résister en opposant l'acte en question. Dans cette dernière hypothèse, le tiers joue le rôle de demandeur et invoque l'inopposabilité sous forme de réplique, pour renverser l'exception que les parties voudraient tirer de l'acte incriminé. On pourrait alors dire que la prétention du tiers doit être rejetée, s'il agit après un certain laps de temps, la règle « *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* » s'appliquant seulement aux exceptions et non aux répliques (9). L'inopposabilité serait donc tantôt prescriptible, tantôt imprescriptible.

Mais la règle « *quae temporalia* » ne saurait à notre avis s'appliquer ici : elle vise en effet le cas d'une personne bénéficiant à la fois d'une action et d'une exception; or, nous

(8) Japiot, p. 879.

(9) Troplong, *Prescription*, II, n° 882 et s.; Demolombe, XXIX, n° 138; Aubry et Rau, XII, § 771, p. 530; Baudry-Lacantinerie et Tissier, n° 614; — Req., 5 avril 1837, S., 37. 1. 434; Bastia, 22 mai 1854, S., 54. 2. 389; Caen, 17 nov. 1853, S., 57. 2. 757; Bordeaux, 27 juill. 1871, S., 72. 2. 221.

l'avons vu, les tiers n'ont pas d'action en constatation d'inopposabilité et jouissent seulement d'une exception. Dans ces conditions, et étant donné que la protection du droit du tiers doit être assurée aussi bien dans un cas que dans l'autre, il semble bien que l'on puisse dire que l'inopposabilité est imprescriptible, qu'elle soit invoquée par voie d'exception ou de réplique.

La question de l'imprescriptibilité est d'ailleurs purement théorique, tant en ce qui concerne les inopposabilités de forme que celles de fond, car, en fait, jamais le tiers ne pourra perpétuellement invoquer son droit de critique. Lorsqu'il se prévaut de l'inopposabilité sous forme de réplique, c'est pour assurer le succès d'une action qu'il a intentée en raison d'un droit qu'il possède; or ce droit, dans la plupart des cas, est lui-même prescriptible et l'inopposabilité ne saurait lui survivre : ainsi il est évident qu'un créancier ne saurait, après la disparition de son droit de créance, repousser une contre-lettre souscrite par son débiteur; de même, trente ans après l'ouverture de la succession, les enfants légitimes du défunt ne pourront invoquer à l'encontre d'un enfant naturel qui s'est mis en possession, le fait qu'il a été reconnu pendant le mariage. Il se peut cependant que le tiers soit titulaire d'un droit de propriété, en lui-même imprescriptible : c'est le cas, par exemple, d'un donateur redevenu propriétaire après révocation pour inexécution des charges ou pour survenance d'enfant; si, en théorie, l'inopposabilité des aliénations consenties par le donataire est aussi imprescriptible que l'action en revendication, elle se heurtera néanmoins à la prescription acquisitive de l'acquéreur, accomplie par dix ou trente ans selon les hypothèses.

Nous pouvons donc dire que toutes les inopposabilités

sont imprescriptibles, sauf celles qui jouent en matière de fraude et d'atteinte à la réserve, mais que cette imprescriptibilité n'est que théorique, par suite de l'usucapion accomplie au profit de l'une des parties ou de la disparition du droit donnant au tiers la possibilité de se prévaloir de l'inopposabilité.

CONCLUSION

I. — Voici notre étude conduite à son terme. A défaut d'une théorie aux solides assises, « ensemble de règles découlant naturellement et logiquement les unes des autres et s'imposant dans toutes les circonstances », nous sommes du moins arrivé à dégager les traits essentiels de l'inopposabilité, et c'est ainsi que nous avons pu lui donner comme fondement les idées de sécurité et d'imputabilité, ou que nous avons pu indiquer la notion de but comme critérium de la détermination des titulaires du droit de critique. La physionomie propre de l'inopposabilité est ainsi suffisamment précisée pour que l'on puisse la distinguer désormais des notions voisines avec lesquelles on l'a longtemps confondue, et en particulier de la notion de nullité. Et comme cette distinction est l'un des résultats les plus appréciables de notre travail, il nous paraît nécessaire d'y insister en terminant et d'opposer l'une à l'autre la théorie des nullités et celle de l'inopposabilité.

II. — C'est tout d'abord par leur *nature* que les deux institutions se séparent nettement. D'après la Doctrine dominante, la nullité est un état de l'acte : de même, dit-on, qu'une personne est bien portante ou malade, de même un acte est valable ou nul, et ce qui caractérise l'imperfection dont il est entaché dans cette dernière hypothèse, c'est qu'elle résulte d'un fait existant dès la passation de l'acte,

qu'elle constitue un vice originaire. Selon la gravité de ce vice, on distingue les nullités absolues, sanctionnant l'absence d'une condition d'existence, et les nullités relatives, sanctionnant l'absence d'une condition de validité; certains auteurs vont même jusqu'à distinguer trois degrés d'imperfection : la nullité relative, la nullité absolue et l'inexistence. Sans prendre parti sur ce point, contentons-nous de constater que la notion de nullité n'est pas une notion unique, mais revêt toujours un double ou un triple aspect.

L'inopposabilité, au contraire, est une sanction qui ne s'attaque pas à l'acte lui-même, mais seulement à ses effets : le laissant subsister, elle se traduit simplement par une inefficacité, d'étendue plus ou moins considérable; mais qu'il s'agisse de la disparition d'un seul des effets ou de la majeure partie d'entre eux, elle ne change pas de nature et reste sans cesse identique à elle-même. Enfin, si dans la plupart des cas elle revêt comme la nullité un caractère originaire, il est des hypothèses où l'inopposabilité résulte d'un fait postérieur à la passation de l'acte, ainsi que nous l'avons vu en matière de réserve et de résolution. C'est donc à un triple point de vue que, par sa nature, l'inopposabilité diffère de la nullité.

Mais elle s'en sépare encore en ce qui concerne la plupart de ses *conditions d'exercice*, et, en se plaçant aux différents points de vue que nous avons envisagés, il est facile de se rendre compte que les nullités n'ont rien de commun ni entre elles, ni avec l'inopposabilité. Alors que la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé, tandis que la nullité relative n'appartient qu'à certaines personnes désignées par la loi, l'inopposabilité compète à des individus en plus ou moins grand nombre selon le but poursuivi par le législateur, si bien que le cercle des ayants droit ira d'une personne déterminée à tout intéressé, sans qu'il soit possible

de faire aucune catégorie tranchée. De ce que les bénéficiaires de l'inopposabilité peuvent être en nombre considérable, puisque, tant que la publicité n'est pas faite par exemple, tous les tiers dont l'acte incriminé compromettrait les droits pourront le repousser, on pourrait conclure qu'il s'agit là d'une sanction beaucoup plus dangereuse que la nullité relative, dont les bénéficiaires sont déterminés dès la passation de l'acte et ne forment qu'un cercle restreint; mais tout dépend des parties, auxquelles il suffira de hâter l'accomplissement des formalités de publicité, de façon à donner au moins de personnes possible le droit d'invoquer leur absence.

La différence considérable que l'on relève entre la nullité et l'inopposabilité en ce qui concerne les sujets actifs du droit de critique ne se rencontre plus lorsqu'on envisage les personnes à l'encontre desquelles on peut se prévaloir de l'invalidité, car le seul trait commun entre les deux sanctions est justement qu'en principe elles peuvent l'une et l'autre être invoquées *erga omnes*. Mais si l'on se place au point de vue des moyens de faire valoir le droit de critique, on rencontre de nouveau une notable différence entre la nullité et l'inopposabilité, car si la première donne toujours naissance à une action et à une exception, la seconde, au contraire, n'engendre dans la majorité des cas qu'une exception. On pourrait être tenté d'en conclure à l'infériorité de l'inopposabilité, car lorsqu'un droit ne peut être invoqué que par voie d'exception, c'est en général qu'il est de catégorie inférieure, ou plus ou moins dégénéré. Or ici, c'est précisément l'inverse : le fait que l'inopposabilité ne donne pas d'action est une marque de sa supériorité. L'acte frappé de nullité produit ses pleins effets tant qu'une décision de justice ne l'a pas fait tomber, et la situation

créée par lui s'impose même à ceux qui peuvent le critiquer, tant qu'ils ne la rejettent pas : il faut donc leur donner une action pour leur permettre d'y échapper. Au contraire, l'acte frappé d'inopposabilité ne s'impose pas aux tiers qui peuvent l'ignorer et se comporter comme s'il n'existait pas; ils n'ont donc besoin d'aucun moyen agressif, mais seulement d'une exception pour conserver leur situation et repousser l'acte si on veut le leur imposer par voie judiciaire. Ainsi, loin d'être désavantagé par rapport au bénéficiaire d'une nullité, le titulaire d'un droit à l'inopposabilité est au contraire dans une situation bien plus favorable, et c'est justement parce qu'il est mieux protégé qu'il n'a pas besoin d'autant d'armes.

Enfin, en ce qui concerne l'extinction du droit de critique, si les nullités absolues ne sont pas susceptibles de confirmation, les nullités relatives et les inopposabilités peuvent au contraire disparaître par renonciation du bénéficiaire. Ce dernier a ainsi une option entre le maintien de l'acte et sa suppression à son égard, mais sans pouvoir prendre consécutivement deux attitudes différentes : il est lié par son choix et ne peut qu'adopter l'acte en entier ou le rejeter pour le tout. Ce droit d'option n'est pas sans inconvénient pour ceux à l'encontre de qui il s'exerce, et quoi qu'il joue aussi bien en matière de nullité que d'inopposabilité, on pourrait penser qu'il crée une situation beaucoup plus désavantageuse dans le second cas, la nullité relative étant prescriptible par un délai de dix ans, alors que l'inopposabilité n'est pas susceptible de disparaître par l'écoulement du temps, sauf dans les hypothèses de fraude et d'atteinte à la réserve, où elle se prescrit par trente ans : temporaire en matière de nullité, le droit d'option serait le plus souvent perpétuel en matière d'inopposabilité.

Mais nous avons signalé toute une série de prescriptions qui jouent à côté du droit de critique et aboutissent indirectement à le supprimer : prescription extinctive du droit qui donnait au tiers la faculté de se prévaloir de l'inopposabilité, ou prescription acquisitive de l'une des parties. A ce point de vue donc, on ne peut pas non plus dire que l'inopposabilité est plus désavantageuse que la nullité.

Mais c'est surtout en ce qui concerne leurs *effets* que les deux sanctions présentent la différence la plus importante. La nullité, qu'elle soit relative ou absolue, fait tomber l'acte *erga omnes*, sanction brutale que la Jurisprudence et la Doctrine se sont souvent ingénérées à adoucir. L'inopposabilité, au contraire, laisse subsister l'acte dans la mesure du possible et respecte les effets qu'il produit *inter partes* tout en mettant les tiers à l'abri de ceux qui peuvent leur préjudicier. L'idée de relativité, qui pour la nullité ne joue que partiellement et ne concerne que ses sujets actifs, s'applique donc beaucoup plus complètement en notre matière où elle se retrouve aussi à propos des effets du droit de critique. Il faut reconnaître que, par là, l'inopposabilité constitue un principe de bonne économie juridique : « Etant donné le principe de l'autonomie de la volonté, ce n'est pour ainsi dire qu'à la dernière extrémité qu'on doit se résigner à déclarer une volonté absolument inefficace et à la considérer en Droit comme absolument inexistante. » La volonté des auteurs d'un acte doit être respectée autant qu'on le peut, et il ne faut par conséquent frapper que la portion de l'acte qui contrevient directement à la prescription légale, et dans la mesure seulement où cela est utile pour que soit atteint le but du législateur. L'inopposabilité parvient à ce résultat : destinée uniquement à la protection des tiers, elle ne frappe les actes qui leur nuisent que dans

les limites strictement nécessaires. Et comme elle présente de plus cet avantage qu'elle revêt un caractère préventif et met les tiers à l'abri non en leur permettant de faire réparer le dommage qui leur a été causé, mais en mettant obstacle à la réalisation du préjudice dont ils sont menacés, il serait bon de s'efforcer d'élargir encore son domaine d'application aux dépens de la nullité et de la responsabilité. Mais ceci est un autre travail que celui que nous nous sommes proposé.

Vu : *Le Doyen,*

H. BERTHÉLÉMY.

Vu : *Le Président,*

J. HÉMARD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Acceptation bénéficiaire : 99, 248, 342.

Actes de l'état civil : Cf. *Rectification*.

Actes frauduleux du mari (art. 243 et 1422) : 2, 71, 146, 147-148; inopposabilité, 135; tiers, 160; sujets passifs, 167; preuve, 173-176; délai pour agir, 178 et s.; effets, 187, 191; recours, 196; renonciation, 199 note 118; prescription, 200 note 122, 201.

Actes juridiques (Effets des) : 4 à 7.

Actes sous seing privé (Date des) : 126, 132.

Action : en garantie, en inopposabilité, en résolution : V. ces mots; en réduction, V. *Réserve*.

Action Paulienne (art. 1167) : 103, 163-164, 169 et s. 333, — Fraude, 146; nature, 131-133; tiers, 161; sujets passifs, 170-171, 327-328; preuve, 172 et s.; délai, 177; effets, 185, 188, 189, 190; renonciation, 199, 344; prescription, 200 note 122, 346; désintéressement, 201. — Caractère préventif, 132, 318 — Droit commercial, 150, 176-177.

Administration légale, 72.

Adoption (Publicité : art. 368) : 26; inopposabilité, 32; parties, 32; tiers, 46-52, 324; caractère originaire de l'inopposabilité, 86; délai, 97. — Réserve de l'adopté, 47 note 41.

Alsace-Lorraine (loi du 1^{er} juin 1924) : 1, 29, 31, 36, 37, 59, 75, 76, 95, 335.

Antichrèse (art. 2091) : 224, 230, 233, 243.

Apparence : 282, 283, 304 à 308, 313.

Avantages matrimoniaux (Révocation : art. 299) : 261, 264.

Aveu : 103, 139-140.

Ayant cause (Définition) : 4 à 7.

Bail (Défaut de date certaine art. 1743) : 126, 127; tiers, 130; effets, 132, 133; recours, 134; délai, 138. — Bail frauduleux, 174.

Belgique : 60, 76, 88.

Billet à ordre : Cf. *Effets de commerce*.

Bonne foi (Idée de) : 303 et s.; 313.

But (Idée de) : 324.

Cessation de paiements : 173, 177 note 70.

Cession de créance (art. 1690) : 8; inopposabilité, 37; tiers, 54, 59 note 62, 322; sujets passifs, 63; effets, 67, 76-77, 79, 338; recours, 80; équipollents, 89; fraude, 92 note 108; connaissance, 93-95; prescription, 106. — Droit commercial : 114-115, 120, 343.

Cession de titre exécutoire (art. 2214) : Inopposabilité, 37; tiers, 56; effets, 68; connaissance, 92. — Caractère originaire de l'inopposabilité, 86.

Cheptel (art. 1813) : Inopposabilité, 37; tiers, 57; effets, 68; connaissance, 100; exécution du contrat, 107.

Clandestinité : 10; 21; chapitre V.

Communauté (Renonciation : art. 1464) : Fraude, 146; preuve, 176; effets, 191; recours, 193.

Compensation (art. 1299) : Droits acquis, 224; tiers, 232; sujets passifs, 234; effets, 240.

Confirmation de l'acte inopposable : Cf. *Renonciation*.

— (Art. 1338) : 103; droits acquis, 224; tiers, 228-230; sujets passifs, 234; effets, 239; prescription, 243; recours, 338.

- Connaissance de l'acte par les tiers :**
90 et s., 100, 121, 138, 213, 295-296, 306-307, 343. — Cf. *Présomptions*.
- Conseil judiciaire :** 26.
- Contrat de mariage (Publicité : art. 1391) :** Inopposabilité, 33; tiers, 34; effets, 75-76, 335; recours, 83; équipollents, 88-89; connaissance, 93; moment de la publicité, 96; responsabilité, 316.
- Contre-lettres (art. 1321) :** Chapitre V; 283, 304, 310, 314, 317, 327, 335, 336, 337, 343, 348.
- (art. 1397) : Inopposabilité, 33-36; tiers, 52; effets, 68, 77, 78, 79; connaissance, 92; moment de la publicité, 96; prescription, 106.
- Date certaine :** 21, 214, 343, 346, chapitre III. Cf. *Actes sous seing privé*.
- Délai :** pour effectuer la publicité, 96 et s., 342; pour donner date certaine, 138.
- Dépossession :** 111-112, 125.
- Désintéressement :** 194, 201, 279.
- Dessaisissement :** Cf. *Faillite*.
- Dettes de la femme antérieures au mariage (art. 1410) :** inopposabilité, 126; tiers, 129; effets, 132, 133; recours, 134; équipollents, 136-7; délai, 138; confirmation, 139; ayeu, 139-140.
- Divorce (art. 231) :** 26.
- (art. 252) : Inopposabilité, 29-31; tiers, 46; sujets passifs, 63; effets, 67-74, 77; caractère originaire de l'inopposabilité, 86; délai, 97.
- Dol :** Différence avec la fraude, 144.
- Donations :** (Formes : art. 931) : 109.
- (Transcription : art. 941) : Inopposabilité : 32; tiers, 53, 59 note 62; effets, 68, 78-79, 337; recours, 80; connaissance, 92; prescription, 106.
- (Révocation pour inexécution, art. 954) : 261, 262; tiers, 263; action en justice, 268; désintéressement, 280; 312; 348.
- (Révocation pour ingratitude : art. 958) : 261, 263.
- (Révocation pour survenance d'enfant : art. 963 et s.) : 261, 262; tiers, 265; révocation de plein droit, 267; effets, 271; renonciation, 276-278, 344; prescription, 277-279, 348; — 312.
- (Art. 1422) : Cf. *Actes frauduleux du mari*.
- Droits acquis :** 10, 96, 103, 131, 146 note 3 *in fine*, 309, 310, 326, 327, 333, 335, 338; chapitre VI.
- Droit fiscal :** 180-181, 234.
- Droit réel de la masse :** 150, note 14.
- Droit de retour :** (art. 952) : 260, 262; tiers : 265; effets, 270, 335-336; renonciation, 275, 344; prescription, 279 note 22.
- Effets :** des actes juridiques, 4, 6, 12-13; du divorce, 69-74.
- Effets de commerce :** 111; tiers, 113-114; sujets passifs, 114; effets, 115 à 118; délai, 120; équipollents, 120; confirmation, 123.
- Endossement :** 112, 114, 116, 120, 305, 341.
- Enregistrement :** 124, 125, 135, 136.
- Enrichissement sans cause :** 147; 151, 153.
- Equipollents :** Publicité, 88, 342-343; forme 120; date certaine, 135.
- Exception d'inopposabilité :** Publicité, 64, 331; forme, 115, 331; date certaine, 131; fraude, 168, 332-333; clandestinité, 208-209, 332; droits acquis, 236, 332; réserve, 332; résolution, 268, 332; nullités de sociétés, 292-293; 331 et s.; 347, 353.
- Exception non adimpleti contractus :** 83, 197.
- Eviction :** 80 et s.; 193.
- Faillite :** 2, 26, 59 note 62; fraude, 149-150; inopposabilité, 156-157; tiers, 161; preuve, 176-177; effets, 187, 191, 197. — Hypothèque en période suspecte, 98, 99, 191; Droit réel de la masse, 150 note 14.
- Femme :** Cf. *Actes frauduleux du mari*, *Dettes antérieures au mariage*, *Hypothèque légale*, *Incapacité*.
- Fondement de l'inopposabilité :** 20, 301 et s.
- Fonds de commerce :** 39-40, 98-99.

Formalisme: 27, 91, 103, 303-306, 308.

Forme: 21, 124, 135, 310, 314; chapitre II; 333, 341, 346.

Fraude: 10, 21 note 1, 98 note 127, 103, 309, 310, 314, 327-328, 335; chapitre IV; textes étudiés, 146; preuve, 173-176. — En matière de publicité : 91-92, 93 note 124, 100, 343; — En matière de date certaine : 138. — Cf. *Présomptions*.

Gage (art. 2074-2075) (Enregistrement): 123; tiers, 130; effets, 132, 133; recours, 133; équipollents, 136; délai, 138; exécution, 141-142.

— (Forme) : Inopposabilité, 110; tiers, 113; sujets passifs, 114; effets, 113, 117; délai, 120; équipollents, 120; connaissance, 121; confirmation, 123.

— (Publicité) : Inopposabilité, 37; tiers, 53; effets, 68, 79; recours, 82; équipollents, 90, 342; fraude, 92 note 108.

Garantie: Publicité : 80 et s.; date certaine, 134; fraude, 193 et s. — 338.

Hypothèque (Inscription, art. 2134 et 2166) : Inopposabilité, 37, 38; tiers, 33; effets, 68, 79, 306; recours, 82; caractère originaire de l'inopposabilité, 86; équipollents, 88; connaissance, 92; fraude, 92 note 108; délai, 97-99, 342; renonciation, 101; péremption, 103. — Faillite : 98; 191-192, 342. — Résolution : 272-274.

Hypothèque légale de la femme du donataire : 270-271.

Imputabilité (Idée d') : 319, 323-329.

Incapacité de la femme mariée : 71-72.

Indivisibilité: 339-340.

Inefficacité: 13, 334.

Inopposabilité: Terminologie, 1, 2 note 3; définition, 3; classification, 19 et s.; de protection, 303 et s., 320; de faveur, 311 et s., 320; caractère originaire ou non, 21 texte et note 1, 22 notes 2 et 3, 83, 134, 341; caractère préventif, 318. — Cf. *Exception*, *Nullité*, *Prescription*, *Recours de la partie lésée*, *Renonciation*.

— (Action en) : 333, 333. — Pour défaut de publicité, 65; défaut de forme, 115; défaut de date certaine, 131; fraude, 161, 168-169, cf. *Action paulienne* et *Tierce-opposition*; clandestinité 208-209; atteinte à la réserve, cf. *Réserve*; atteinte aux droits acquis, 235; résolution, 268.

Inopposabilité des exceptions: 2, 233-6; tiers, 287; sujets passifs, 290; effets, 292-293; renonciation, 295; connaissance, 296, 304, 343.

Insolvabilité: 168, 172, 193, 251, 254.

Interdiction: 26.

Intervention: 9, 182.

Invalidité: 11.

Jouissance légale: 72.

Légitimation: 26.

Légitimité: 73-74.

Lettres de change: Cf. *Effets de commerce*.

Mandat (Révocation : art. 2005) : Inopposabilité, 37; tiers, 53; effets, 68, 337; recours, 80; connaissance, 100.

Mariage: 26, 281.

Mauvaise foi: Cf. *Connaissance*.

Notification: 87, 100.

Notoriété: 307, 308.

Nullité: Terminologie, 2; comparaison avec l'inopposabilité : 10, 11, 144, 282, 336-337, 351 et s.; limitations, 281-282. — Action Paulienne, 151-152; adoption, 50, 340; contre-lettres, 204; faillite, 156-157; forme, 108-109; fraude aux droits de la femme, 153; nantissement de fonds de commerce, 40; paiement au mépris d'une opposition, 154; partage au mépris d'une opposition, 340; séparation de biens, 36, 156; subrogation, 110, 117 — 328-329.

Nullités de sociétés: 40, 44, 283-284, 336; tiers, 286-287; sujets passifs, 288-290, 327-328; moyens d'invoquer l'inopposabilité, 290; effets, 291, 292, 303, 335; renonciation, 294-295; connaissance, 295. — 310, 315.

Obligation alimentaire: 69-70.

Offres réelles (Rétractation, art. 1262-1263) : Droits acquis, 224; tiers, 228, 232; effets, 236; renonciation, 241.

Opposition: à paiement, 163-164, cf. *Paiement*; à partage, 162, 164, cf. *Partage*.

Paiement malgré opposition (art. 808) : Fraude, 147; inopposabilité, 153-154; tiers, 163; preuve, 176; effets, 186, 188, 189 note 101; prescription, 200 note 122.

Paiement pour autrui: 82, 194 et s.
Partage de communauté: 164, 178-179.

— **de succession** (art. 882) 146; inopposabilité, 153; tiers, 161, 162; preuve, 176, 177 note 72; intervention, 182; effets 189 note 101; prescription, 200 note 122; responsabilité, 317. — **Partage fictif ou précipité**, 162 note 48.

Parties: Définition, 4, 5. Cf. *Adoption*.

Période suspecte: Cf. *Faillite*, *Hypothèque*.

Prescription: acquisitive ou extinctive, 104-105, 141, 201, 277-278, 348; de l'inopposabilité, 106, 123, 141, 200, 243, 258, 279, 334, 345 et s., 354.

— (Renonciation, art. 2225) : Fraude, 146; inopposabilité, 154; tiers, 159-160; preuve, 174, 176, 177 note 72; désintéressement, 201; exécution, 202.

Présomptions: de connaissance, 87, 91, 306; de fraude, 168, 176, 177, 184.

Preuve: Publicité, 68, 87, 90, 100, 331; forme, 113, 331; date, 131; fraude, 168, 172 et s., 184, 332; clandestinité, 209, 332; droits acquis, 235, 332; réserve, 253, 332; résolution, 332; nullité, 332; 306, 307.

Privilèges: 37, 97, 306.

Publicité: 21, 124, 305, 310, 327, 336, 343, 346. — Chapitre I. — But, 28 et s.; publicité-substantielle et publicité-notice, 25, 27, 31, 33, 80;

textes étudiés, 29; contre-lettres, 213 et s.

Rapport: 261, 263, 265, 266, 270, 272.

Reconnaissance d'un enfant naturel (art. 337) : 26; droits acquis, 224; tiers, 227; preuve, 235; effets, 236 et s., 239; prescription, 243, 348; recours, 338.

Recours de la partie lésée par l'inopposabilité: 80, 118, 133, 193, 211-212, 274, 280, 338.

Rectification d'actes d'état civil: 26, 96 note 126.

Registre du commerce: 26.

Renonciation: à l'inopposabilité : 77-78, 101 et s., 122, 139, 193 et s., 212, 241-242, 257-258, 275, 294, 344, 354. Cf. *Communauté*, *Compensation*, *Prescription*, *Séparation de biens*, *Substitution*, *Succession*, *Usufruit*.

Réserve: 10, 311, 327, 329, 333, 335, 338, 344, 346. — Chapitre VII. — Caractère non originaire de l'inopposabilité, 22 note 2. — Cf. *Adoption*.

Résolution: 8, 10, 83, 197, 247, 253, 311, 327, 338. — Chapitre VIII. — Caractère non originaire de l'inopposabilité, 22 note 3; rétroactivité, 266.

Responsabilité: 315 et s. — Actes frauduleux du mari, 148, 153 note 28; action Paulienne, 151-152, 316; contre-lettres, 317; inopposabilité des exceptions, 286; paiement malgré opposition, 147, 154; partage malgré opposition, 317; publicité, 26, 315-316.

Retour: Cf. *Droit de retour*.

Révocation: Cf. *Donations*, *Mandat*.

Sanction: 10.

Sécurité (Idée de) : 304, 308-310, 313.

Séparation de biens (Exécution dans la quinzaine, art. 1444) : Fraude, 148-149; inopposabilité, 156; tiers, 161 note 41; exception, 168-169; preuve, 176; effets, 189 note 101, 192; prescription, 200 note 122.

— (Publicité du jugement, art. 1445) : Inopposabilité, 36; effets, 79; délai, 98.

— (Action des créanciers, art. 1447) : Fraude, 146; inopposabilité, 153; preuve, 176; intervention, 182; prescription, 200.

— (Cessation, art. 1451) : Inopposabilité, 37; tiers, 53; effets, 68, 78; connaissance, 93; prescription, 106; droits acquis, 225.

— (Renonciation), 149 note 11.

Séparation de corps (Cessation, art. 311) : Inopposabilité, 31; tiers, 53; effets, 75, 78, 306, 335; droits acquis, 225.

Serment: 104, 139.

Simulation: 203, 211.

Sociétés: 40-44, 83, 89, 116. — Cf. *Nullités de sociétés*.

Solennité: 27-28, 108.

Statuts: 42, 43, 83.

Subrogation (art. 1250) : 10; inopposabilité : 109-110; tiers, 113; sujets passifs, 114; effets, 115, 117, 305; accomplissement des formes, 119, 342; équipollents, 120; connaissance, 121; confirmation, 122; prescription, 123, 346.

Substitutions (Renonciation, art. 1053) : Fraude, 146; inopposabilité, 154; tiers, 161 note 41; preuve, 176; effets, 186, 191; droits acquis, 225, 236;

— (Publicité, art. 1070) : Inopposabilité, 32; tiers, 56-57; effets, 68; recours, 80; connaissance, 91; prescription, 106.

— (Aliénations faites par le grevé) : 261; tiers, 265; effets : 269, 271; prescription, 278, 279 note 22.

— (Déchéance du grevé) : 268.

Successions: Droit de succession après divorce, 70. — Cf. *Paiement malgré opposition, Partage*.

— (Renonciation, art. 788) : 2, 243; fraude, 146; inopposabilité, 154; tiers, 161 note 41; sujets passifs, 171; preuve, 176; effets, 186, 189 note 101, 190-191; recours, 194-196; prescription, 200 note 122; désintéressement, 201.

— (Rétractation de la renonciation, art. 462 et 790) : Droits acquis, 224; tiers, 231; effets, 236, 239; prescription, 242-243.

Terminologie: 1, 2 note 3.

Tiers: Effets des actes juridiques vis-à-vis des tiers, 4 et s.; définition, 4 à 7; protection, 9 et s.

Tierce opposition: 153, 182 et s.

Titres: à ordre, 112, 116, 123; au porteur, 111; nominatifs, 113, 116, 123; cf. *Valeurs mobilières*.

Titre exécutoire: Cf. *Cession*.

Transcription (loi de 1855) : 13 note 19, 28; inopposabilité, 2, 38-39; tiers, 58-60; effets, 68, 79, 306; recours, 80; équipollents, 89; fraude, 92 note 108; connaissance, 92; prescription, 106; exécution, 107. — Caractère original de l'inopposabilité, 86; annulation d'un acte transcrit, 26; antichrèse, 233; responsabilité, 315-316. — Conflits entre la loi de 1855 et l'art. 1321, 214 et s.

Transfert: 113, 114, 116, 120.

Usufruit (Renonciation, art. 622) : 2; fraude, 146; inopposabilité, 154; preuve, 176; effets, 186.

Valeurs mobilières (Transmission) : 111; tiers, 113-114; sujets passifs, 114; effets, 115-118; délai, 120; équipollents, 120; connaissance, 121; confirmation, 123.

Vente à réméré: 133, 260, 262-263; tiers : 265, 269; effets, 272; renonciation, 275. — 312.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	vii
INTRODUCTION	1

PREMIERE PARTIE

Domaine d'application de l'inopposabilité.....	17
CHAPITRE I. — INOPPOSABILITÉS POUR DÉFAUT DE PUBLICITÉ.....	25
Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....	45
§ 1. — Cas dans lesquels la publicité est nécessaire pour rendre l'acte efficace vis-à-vis des tiers <i>in genere</i>	45
§ 2. — Cas dans lesquels la publicité est nécessaire pour rendre l'acte efficace vis-à-vis de certains tiers déter- minés	56
Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité	62
Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....	64
Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....	67
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	67
§ 2. — Entre les parties.....	78
Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....	85
§ 1. — Accomplissement de la publicité.....	85
A. — Cas où la loi organise la publicité	87
B. — Cas où la loi n'organise pas la publicité.....	100
§ 2. — Renonciation du tiers.....	101
§ 3. — Prescription	104
§ 4. — Exécution de l'acte.....	107
CHAPITRE II. — INOPPOSABILITÉS POUR DÉFAUT DE FORME.....	108
Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....	113
Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité	114
Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....	115
Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....	115
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	115
§ 2. — Entre les parties.....	117

	Pages
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	119
§ 1. — Accomplissement des formes.....	119
§ 2. — Renonciation du tiers.....	122
§ 3. — Prescription	123
CHAPITRE III. — INOPPOSABILITÉS POUR DÉFAUT DE DATE CERTAINE...	124
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....</i>	128
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	130
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....</i>	131
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....</i>	132
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	132
§ 2. — Entre les parties.....	132
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	134
§ 1. — Accomplissement des conditions prescrites.....	134
§ 2. — Renonciation du tiers	139
§ 3. — Prescription	141
§ 4. — Exécution	141
CHAPITRE IV. — INOPPOSABILITÉS POUR FRAUDE.....	143
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité..</i>	158
§ 1. — Cas où la fraude peut être invoquée par tous les intéressés	159
§ 2. — Cas où la fraude ne peut être invoquée que par certaines personnes.....	160
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	163
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....</i>	168
§ 1. — Action en inopposabilité pour fraude dirigée contre un acte juridique autre qu'un jugement.....	169
§ 2. — Action en inopposabilité pour fraude dirigée contre un jugement.....	182
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....</i>	183
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	183
§ 2. — Entre les parties.....	190
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	198
§ 1. — Renonciation du tiers.....	198
§ 2. — Prescription	200
§ 3. — Désintéressement	201
§ 4. — Exécution	202
CHAPITRE V. — INOPPOSABILITÉS POUR CLANDESTINITÉ.....	203
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....</i>	206
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	207
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....</i>	208

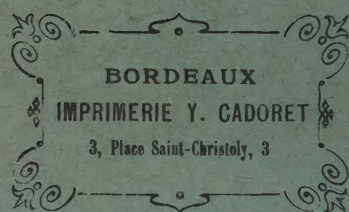
	Pages
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....</i>	210
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque	210
§ 2. — Entre les parties.....	211
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	212
§ 1. — Renonciation du tiers.....	212
§ 2. — Connaissance	213
§ 3. — Publicité	213
§ 4. — Exécution	218
CHAPITRE VI. — INOPPOSABILITÉS POUR ATTEINTE AUX DROITS ACQUIS...	223
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....</i>	227
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	234
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....</i>	235
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....</i>	236
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	236
§ 2. — Entre les parties.....	239
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	241
§ 1. — Renonciation du tiers	241
§ 2. — Prescription	242
CHAPITRE VII. — INOPPOSABILITÉS POUR ATTEINTE A LA RÉSERVE....	245
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....</i>	248
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	250
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....</i>	253
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....</i>	254
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	254
§ 2. — Entre les parties.....	255
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	257
§ 1. — Renonciation du tiers.....	257
§ 2. — Prescription	258
CHAPITRE VIII. — INOPPOSABILITÉS SANCTIONNANT LA RÉOLUTION....	260
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....</i>	263
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	266
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité.....</i>	267
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité.....</i>	269
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque.....	269
§ 2. — Entre les parties.....	272
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité.....</i>	273
§ 1. — Renonciation du tiers	275
§ 2. — Prescription	277
§ 3. — Désintéressement	279
CHAPITRE IX. — INOPPOSABILITÉS DE L'INVALIDITÉ D'UN ACTE.....	281
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité....</i>	286

<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	288
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité</i>	290
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité</i>	291
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque	291
§ 2. — Entre les parties	292
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité</i>	294
§ 1. — Renonciation du tiers	294
§ 2. — Connaissance	295

DEUXIEME PARTIE

Essai de synthèse.	297
---------------------------------	-----

CHAPITRE I. — FONDEMENT GÉNÉRAL DE L'INOPPOSABILITÉ	301
<i>Section I. — Recherche d'un fondement général au point de vue des sujets actifs de l'inopposabilité</i>	303
§ 1. — Fondement des inopposabilités de protection	303
§ 2. — Fondement des inopposabilités de faveur	311
<i>Section II. — Recherche d'un fondement général au point de vue des sujets passifs de l'inopposabilité</i>	314
CHAPITRE II. — RÈGLES GÉNÉRALES DE L'INOPPOSABILITÉ	321
<i>Section I. — Personnes pouvant invoquer l'inopposabilité</i>	322
<i>Section II. — Personnes contre lesquelles peut être invoquée l'inopposabilité</i>	326
<i>Section III. — Moyens d'invoquer l'inopposabilité</i>	330
<i>Section IV. — Effets de l'inopposabilité</i>	334
§ 1. — Vis-à-vis du tiers qui l'invoque	334
§ 2. — Entre les parties	337
<i>Section V. — Disparition de l'inopposabilité</i>	341
§ 1. — Accomplissement des formalités légales	341
§ 2. — Connaissance	343
§ 3. — Renonciation du tiers	344
§ 4. — Prescription	345
CONCLUSION	351
INDEX ALPHABÉTIQUE	357
TABLE DES MATIÈRES	363



BORDEAUX

IMPRIMERIE Y. CADORET

3, Place Saint-Christoly, 3